دايـ

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك لا علم لنا إلاّ ما علمتنا

إنك أنت العليم الحكيم

صدق الله العظيم

مقدمة الطبعة الثانية

... مع نفاذ الطبعة الأولى من هذا المؤلف رأينا أنه من الضرورة الاسراع باعداد طبعة ثانية بعد أن لمسنا ميدانيا حاجة طلبة العلوم القانونية خاصة لهذا المؤلف. وما دفعنا أيضا لإجراء طبعة جديدة هو الإصلاحات المتلاحقة والثورة التشريعية التي تشهدها البلاد بعد المصادقة على دستور 1996.

وسعيا منا على تلقين الطالب أحدث النصوص أجرينا عملية تنقيح واسعة وإضافات كثيرة مع مراعاة النصوص الجديدة سواء المتعلقة بالمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة ومجلس الدولة ومحكمة التنازع والمحكمة العليا للدولة وكذلك تضمّنت هذه الطبعة أحدث الآراء والقرارات الصادرة عن المجلس الدستوري.

وإذ نقدم للقارئ عامة هذه الطبعة الثانية من نظرية القانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري نأمل أن نكون في مستوى أداء الرسالة العلمية خاصة وأننا سعينا إلى تعزيز الجوانب النظرية في مختلف فصول الكتاب بجوانب عملية وتطبيقية ليتمكن الطالب من هضم وإستيعاب المادة العلمية بشكل جيد وماعسانا في هذا المجال إلا آن نردد ما قاله العماد الآصفهاني:

«لا يكتب انسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو ترك هذا لكان أفضل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر»

الدكتور عمار بوضياف

ماي 2000

المقدمة

... بديهي القول أن لكل علم مدخل يحدد مصطلحاته، ويبيّن ألفاظه، تطوره ومضمونه، خصوصياته ونطاق تطبيقه، فروعه ومصادره. وإذا كان القانون يحتل عند كل مجتمع مكانة خاصة، ودرجة مرموقة، إذ يعد بمثابة أداة لتنظيم سلوك الأفراد والهيئات، ودونه يدخل المجتمع في مراحل من الفوضى والإضطراب، وعدم الإستقرار، فانه أضحى من اللازم أن تفك الرموز الأولى لهذا العلم، وتعرف الظواهر التي يعالجها، موضوعه، والغرض منه، حتى نميزه عن غيره من العلوم ولا يكون ذلك قطعا الا بدراسة أول حلقة من حلقات القانون وهي المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون).

فقبل أن يلقن الطالب نظرية الحق ونظرية الإلتزام وأحكام العقود، وأنواع المسؤولية، وقبل أن يدرس أركان الجريمة وصورها المختلفة، وكذا الأحكام التي تنظم عالم الإدارة العامة والمنازعات الإدارية والنظام القضائي وإجراءات التنفيذ وغيرها من حلقات القانون المتصلة والمقررة في مرحلة ليسانس، وجب أن يقف أولا عند الممر الإجباري وأن يضع اليد على نظرية القانون ليستلهم المفاهيم العامة، ويستنبط الأدوات الأساسية التي تساعده على النجاح في رحتله القانونية، فيعرف بدراسة نظرية القانون ماذا يقصد بعبارة القانون، وبماذا تتميز القاعدة القانونية، وما هي خصوصياتها وما هي أقسام القانون وفروعه، وما هي مصادره الرسمية ومتى يطبق وما هي الصور المختلفة لتطبيقه، و،كيف يفسر وما هي الهيئات المنوط بها تفسيره؟

إن هذه التساؤلات وغيرها تتم الإجابة عنها في مادة المدخل للعلوم القانونية التي دأبت معاهد الحقوق في الداخل والخارج على تدريسها في السنة الأولى من المرحلة الجامعية لطلبة العلوم القانونية والإدارية لتكون بمثابة الأساس الذي يبني عليه بقية حلقات القانون.

ورغم أنه سبقني من الأساتذة ممن كتبوا في هذا المقياس وفصلوا فيه كل صغيرة وكبيرة، إلا أنني أجد نفسي على درجة كبيرة من القناعة واليقين أن حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه المحاولات لازالت قائمة وذلك بالنظر لعوامل كثيرة أبرزها إتساع دائرة المهتمين بالعلوم القانونية وتزايد عددهم سنة بعد أخرى، مما يفرض توجيه الأقلام والأضواء اليهم، وكذا نفاد الطبعات السابقة التي عالجت موضوع المقياس من السوق ثم يضاف اليها أهمية المادة في حد ذاتها واعتماد بقيم المواد القانونية عليها.

ويدخل مؤلفنا هذا في سياق إعطاء لمحة وجيزة عن علم القانون لكل راغب في دراسته، سواء من طلبة العلوم القانونية أو العلوم الإقتصادية أو العلوم التجارية أو المعاهد العليا للتسيير والإدارة.

وحتى يسهل على الطالب استيعاب مادة المدخل للعلوم القانونية بشكل جيد، حرصنا في مختلف فصول هذا الكتاب على تزويد وتطعيم الدراسة بنصوص جزائرية حديثة توجنا بها الأساس النظري.

ومراعاة لمفردات البرنامج الوزاري المقرر لمختلف أسلاك التكوين المذكورة قسمنا هذا الكتاب الى خمسة فصول:

الفصل الأول : التعريف بالقانون وبيان خصائصه ونطاقه.

الفصل الثاني: تقسيم القانون.

الفصل الثالث: مصادر القانون.

الفصل الرابع: تطبيق القانون.

الفصل الخامس: تفسير القانون.

التعريف بالقانون وبيان خصائصه ونطاقه

لاشك أن أول خطوة ينبغي القيام بها لدراسة مدخل العلوم القانونية تقتضي التعريف بالقانون وبيان علاقته بالحق، ثم نتطرق بعد ذلك إلى إبراز السمات الأساسية التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد السلوكية الأخرى كقواعد الأخلاق و القواعد الدينية.

وتبعا لذلك قسّمنا هذا الفصل الى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف القانون وصلته بالحق.

المبحث الثاني : خصائص القاعدة القانونية.

المبحث الثالث : نطاق القانون.

المبحث الأول:
تعريف القانون وصلته بالحق

يتعين علينا بادىء الأمر أن نبين ضرورة وحاجة الأفراد إلى القانون، ثم نتبع ذلك بتحديد مفهوم القانون مع بيان صلته بالحق، وهو ما رأينا معالجته في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول : حاجة الإنسان للقانون.

المطلب الثاني : تعريف القانون.

المطلب الثالث : القانون والحق.

المطلب الأول: حاجة الإنسان للقانون

الإنسان كائن إجتماعي فهو بالفطرة التي فطره الله عليها لا يستطيع أن يعيش الا في كنف جماعة معينة، فغريزته تدفعه الى أن يسعى لتحصيل رزقه، وتحقيق مصلحته، ورفع مستوى معيشته ليضمن استمرار وجوده. ولكنه يعجز أن يشبع بمفرده كل حاجاته فلابد له أن يستفيد من مجهودات غيره. فقد خلق الله الناس ليتعارفوا ويتعاونوا فيما بينهم وهذه هي طبيعة البشر منذ فجر التاريخ، فالإنسان مهما إمتلك من وسائل القوة والعيش، لا يستطيع أن يعيش منفردا. ولقد ضرب العلامة بن خلدون في المقدمة مثلا لذلك فقال: «... ولو فرضنا منه (أي الإنسان) أقل ما يمكن فرضه وهو قوت يوم من الحنطة مثلا فلا يحصل الا بعلاج كثير من الطحن والعجن والطبخ وكل واحدة من هذه الأعمال الثلاثة يحتاج الى مواعين وآلات لا تتم الا بصناعات متعددة من حداد ونجار وفاخوري...»[1]. وهو بذلك يريد القول أن الإحتكاك بين بني البشر أمر لابد منه حتى في الحصول على قوت يوم واحد من الطعام الوضيع.

وبناءا على ما تقدم فان هناك قوة تدفع الإنسان الى التعامل مع غيره، فيدخل في علاقات شتى ابتداءا بعلاقته مع أفراد أسرته من زوجه وأولاد وأقارب، إلى علاقاته مع أفراد المجتمع.. ولذلك قيل أن الإنسان مدني بطبعه لا يألف العيش إلا في كنف جماعة معينة وهذا هو حال البشرية مهما تغير الزمان والمكان.

---

(1) عبد الرحمن بن محمد بن خلدون ـ مقدمة ابن خلدون ـ بيروت ـ دار الجيل ـ دون تاريخ ـ ص 46

[illegible] أن هذه الظاهرة يقابلها سلوك فطري وذاتي في الإنسان يدفعه لأن يفضل مصالحه على مصالح الآخرين، من هنا نخلص الى نتيجة أن الإنسان تتصارع بداخله قوتين، قوة تدفعه للتعامل مع غيره من بني البشر، وقوة ذاتية تدفعه الى أن يفضل مصالحه على مصالح الآخرين.

ولو ترك لكل الناس تصريف شؤونهم بأيديهم وفق ما أرادوا، بعيدا عن كل قيد أو ضابط أو نظام، لتداخلت الأهواء، ولكثر النزاع، ولأصبحت الغلبة للأقوى، لأن كل أنسان يريد أن تسير الحياة وفق نظرته الخاصة، وبالكيفية التي يفضلها، وبحسب ما يحقق له الصالح الخاص، إذن لابد حتى تسير الحياة بشكل عادي، ويستقيم أمر المجتمع، وتستقر المعاملات بين أفراده، أن يحكم الجماعة نظام واحد يخضع له الجميع، يوازن ويوفق بين المصلحة العامة والخاصة، يكون الهدف منه ترشيد سلوك الأفراد وضبط علاقاتهم على مستوى الأسرة وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات المدنية والتجارية وغيرها.

وعليه بدت الحاجة ماسة لوجود قواعد تحكم سلوك الفرد والجماعة، وتضبط هوى الأفراد وتكبح أنانيتهم. هذه القواعد أصطلح على تسميتها بـ«القانون». فالفرد إن قدر الدخول في علاقة إسمها الزواج وجب أن يخضع لشروطه وأن يتبع إجراءاته، وأن يقوم بالواجبات التي تمليها مثل هذه العلاقة، وإن قرر فصل هذه العلاقة خضع لأحكام الفصل. وإن أراد تحرير وصية أو القيام بهبة، خضع لما أفرده القانون من أحكام لهذا النوع من التصرفات. وإن أراد بيعا تعين عليه مراعاة أحكامه وإن أراد إيجارا خضع لقواعده، ومثل ذلك بالنسبة للرهن والقرض والشركة وغيرها من المعاملات المدنية والتجارية.

والفرد حتى يأمن على ماله ونفسه وعرضه وجب أن يتدخل القانون كي يجرم كل إعتداء أيا كان شكله والقصد منه. وإن أراد أن يقصد القضاء لرفع مظلمة، لزم أن يتبع جوانب إجرائية محددة، وإن إبتغى وظيفة تحتم عليه أن يستوفي شروطها المطلوبة ويخضع لإلتزاماتها...

فأيا كان نشاط الفرد وجب أن يقابل ويواجه بقاعدة قانونية تحكمه وتنظمه، لأن غياب هذه الأخيرة معناه ظهور مبدأ الذاتية، فتتصارع المصالح ويسعى كل طرف في العلاقة الى فرض وجهة نظره بما يحقق له المصلحة الخاصة، ويدخل المجتمع في مرحلة من الإهتزاز والفوضى وعدم الإستقرار.

فالقانون على هذا النحو الذي وصفناه، ضرورة اجتماعية لاغنى لأي مجتمع عنه، ولاغنى لأي فرد عنه. فحتى يتمتع الفرد مثلا بحقه في الحياة يحتاج الى نص أو الى قانون يجرم مثل هذا الإعتداء، وحتى يتلذذ الفرد بما يمتلك ويمارس حق الملكية عليه، يحتاج الى نص أو قاعدة قانونية تثبت له هذا الحق، وتكفل الحماية اللازمة عند الإعتداء عليه.

والقانون ليس ضرورة اجتماعية فقط، بل ضرورة سياسية، ذلك أن الدولة كظاهرة سياسية حتى يسود الأمن بين أفرادها، وحتى تمارس سلطتها، وحتى تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم، وجب أن تسنّ من القوانين ما يحكم جميع أشكال هذه العلاقات وغيرها

المطلب الثاني: تعريف القانون

إن كلمة القانون دخيلة على العربية فهي كلمة يونانية الأصل (KANUN) ويقصد بها العصا المستقيمة، وتستعمل مجازا للدلالة على الإستقامة في القواعد والمبادىء القانونية[1] ولفظ القانون يستعمل أيضا في علوم أخرى كالعلوم الطبيعية فنقول مثلا قانون الجاذبية، وفي العلوم الإقتصادية فنقول قانون العرض والطلب، وكل ذلك للدلالة على استقامة القاعدة وثباتها على وتيرة واحدة.

ويستعمل لفظ القانون في علم القانون للدلالة على أحد المعنيين، فقد يستعمل للدلالة على القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في الجماعة بصرف النظر عن مصدرها، أي سواء كان مصدرها الدين أو العرف أو هيئة تشريعية، وهذا هو المعنى العام. وقد يطلق لفظ القانون على القواعد الملزمة التي تضعها السلطة التشريعية بهدف تنظيم أمر معين فنقول مثلا القانون المدني والقانون التجاري وقانون العقوبات وهذا هو المعنى الخاص وتصاغ القوانين عادة في شكل نص يسمى بالمادة، وقد تفصل المادة الواحدة الى فقرات. فالقانون المدني مثلا يحتوي على

(1) الدكتور محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص7 .
- الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، القاهرة، مطبعة السعادة، دون تاريخ، ص71 .
- الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، نظرية القانون والحق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987 ، ص 25

1003 مادة تنظم مسائل مدنية متعددة وكثيرة هي المواد فيه فصلت الى فقرات[1]

والقانون[2] ضرورة لحفظ كيان الجماعة البشرية واستقرارها وأمنها وأداة تقويم وترشيد لسلوك الأفراد على مستوى تنظيم اجتماعي معين. فالقانون على هذا النحو يهدف الى تحقيق المصلحة العامة والخاصة، فحين يضع المشرع قواعد قانونية لحماية الملكية الخاصة، فهو يحمي المصلحة الخاصة لكل من البائع والمشتري، وكذا الحال في كل معاملة مدنية إيجار، رهن، شركة... وحين يحمي القانون هذه المصلحة الخاصة في شتى أنواع المعاملات يضمن قدرا من الإستقرار الاجتماعي، ومنه نستطيع أن نصل الى نتيجة أن القانون يستهدف تحقيق المصلحة العامة.

وغني عن البيان أن القواعد الدينية والقواعد العرفية لعبت دورا أساسيا على مدى فترات طويلة من الزمن وحضارات مختلفة في ضبط سلوك الأفراد وتنظيم علاقاتهم، وساهمت مساهمة كبيرة في إرساء دعائم السلم الاجتماعي، وبعث الإستقرار وسط المجتمعات.

المطلب الثالث: القانون والحق

سبق القول أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد الملزمة الصادرة عن السلطة المختصة، وأن هذه القواعد سنت بغرض تنظيم العلاقات فيما بين الأشخاص، ويقتضي هذا التنظيم أن ترجح القاعدة القانونية مصلحة على مصلحة في حالة التضارب، أي بطريقة مباشرة تقر حقا معينا وتعترف لصاحبه بمركز قانوني يخوله امتيازا وسلطة في مواجهة الغير. فالحقوق على هذا النحو تنشأ بقوانين[3] فإذا قلنا مثلا أن زيدا من الناس يتمتع بحق الانتخاب، نتساءل عندها من أقر له هذا الحق؟

(1) أنظر على سبيل المثال المادة 90، 101، 111 م القانون المدني الجزائري
(2) تجدر الإشارة أن من الفقهاء المسلمين من استعمل عبارة القانون للدلالة على القواعد الفقهيه من هؤلاء ابن جزي في كتابه «القوانين الفقهية» (693 . 741 هـ).
(3) لذلك عرف الفقه الحق أنه «الإستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شيء معين أو إقتضاء حق معين من شخص معين، الدكتور نبيل إبراهيم سعد، المدخل الى القانون، والحق بيروت، دار النهضة العربية، 1995، ص35 ، وأيضا الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، بيروت، الدار الجامعية، ص29 ، وأيضا الدكتور توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق مؤسسة الثقافة الجامعية 1982، ص.20

هي طبعا القاعدة القانونية التي حددت شروط المنتخب فقرضت توافرا شرط الجنسية والسن والتمتع بالحقوق المدنية والتسجيل وجميعها منطبقة على المعني».

من هنا يتبين لنا أن هناك علاقة تلازم بين القانون والحق، فهما وجهان لعملة واحدة. فالحقوق تنشأ بقوانين، والقوانين سنت أساس لإنشاء الحقوق ورعايتها والمحافظة عليها لذلك قال (Doneau) «إنه ينبغي النظر للقانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعاوى كما كان يفعل الرومان. فالدعاوي القضائية ليست سوى الوسيلة القانونية التي تعطي للحق قوته وتوفر له الجزاء عند المساس به»[1].

والحق يخول صاحبه سلطة تمكنه من القيام بعمل يقره القانون، وهذه هي لذة الحق. فعندما يعترف القانون لشخص ما بحق الملكية، فان هذا الحق يخوله سلطة الإنتفاع بمحل الحق واستغلاله والتصرف فيه، فلولا فكرة السلطة لما كان للحق وجودا، أو قيمة، وتفرض السلطة المقررة لصاحب الحق أن يسلك الغير تجاهه سلوكا من شأنه أن لا يعوق قدرته على الإستعمال والتصرف، وذلك عن طريق قواعد تأتي في شكل أمر أو نهي، وهذا لا يكون إلا بالقانون. فالحق لا يوجد ولا يحترم إلا في ظل القانون. فالقوانين هي التي تقر الحقوق وترسم لها حدودا وتفرض لها ضمانات، فهما مفهومان متلازمان مترابطان ولا يتصور وجود أحدهما منفصلا عن الآخر[2]. والحقوق حتى تحترم ينبغي أن تقابل بواجبات يفرضها القانون على الأشخاص يلزمون بالقيام بها إن طواعية أو جبرا إن اقتضى الأمر.

---

(1) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة توزيع المعارف، 1986، ص15.

(2) الدكتور إسحاق منصور، المرجع السابق، ص27 .

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

يقتضي الأمر بعد أن أبرزنا أهمية القانون ومفهومه، أن نبين خصائص القاعدة القانونية حتى نميزها من غيرها من القواعد السلوكية، وينبغي الإشارة في البداية أن الفقه قدم العديد من الخصائص للتمييز بين القاعدة القانونية وغيرها من القواعد. وهذا يدل على سعة مجال التمييز، غير أن كثيرا من الخصائص إستبعدناها لعدم صحتها على سبيل الإطلاق وقلة فائدتها.

ومن الخصائص التي تم استبعادها خصيصة التحديد، فقيل أن القاعدة القانونية محددة دقيقة لا تثير صعوبة في معرفتها وتفسيرها وتطبيقها[1]، غير أن هذا الوصف إذا كان يصدق بالنسبة لبعض القواعد القانونية فانه لا يكون كذلك بالنسبة لقواعد أخرى. ذلك أن كثيرا من القواعد القانونية لايزال يعتريها الإبهام والغموض، وأن كثيرا من المصطلحات والألفاظ والمفاهيم القانونية الواردة في التشريع ما تقبل تفسيرات مختلفة يناط بالسلطة القضائية أمر الكشف عن مدلولها ومقصدها بالإستنارة برأي رجال الفقه. فعندما نقرأ نص المادة 124 من القانون المدني والتي جاء فيها: «كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض». فان أول علامة استفهام ينبغي وضعها هي: «ماذا قصد المشرع من عبارة عمل؟ ثم إن النص جاء مطلقا غير محدد كل عمل أيا كان؟ وكثيرا ما تصادف القاضي أو المطبق للنص مفاهيم قانونية غير محددة كأن نقول مثلا: المصلحة العامة، أو الخطأ الجسيم أو النظام العام...إن هذه الألفاظ غير محددة المعالم تحمل تفسيرات مختلفة ومتباينة، ولا نبالغ عند القول أن هذا الإطلاق وعدم التحديد هو الذي يضفي على العلوم القانونية بصفة عامة طابعا خاصا لأنه يفسح المجال للفقه والقضاء، كي يدلي كل برأيه بخصوص تحفيهم مصطلح أو لفظ معين.

كما أن مقتضيات الصياغة القانونية تستوجب أحيانا وضع القاعدة القانونية بأسلوب مطلق مرن، وواسع النطاق غير محدد المجال، ليعطي المشرع سلطة تقديرية

---

(1) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص29 .

للجهة المنوط بها تطبيق النص. وهذا أمر طبيعي طالما نحن في دائرة العلوم الإنسانية وليس العلوم الدقيقة.

ولقد إستبعد الفقه أيضا خصيصة نطاق القاعدة القانونية، إذ ذهب البعض الى القول أن قواعد القانون تهتم بتنظيم السلوك المادي والخارجي للإنسان دون الإعتداد بالنية والمسائل الباطنية، وهذا كلام إن كان ينطبق على كثيرا من القواعد القانونية، فانه لا ينطبق على قواعد أخرى إذ القانون يعتد أحيانا بمسألة النية خاصة في المجال الجنائي لذلك قسمت الجرائم الى جرائم عمدية وأخرى غير عمدية بالنظر للقصد. ولذلك أدرج سبق الإصرار كعامل مشدد للعقوبة لأنه يكشف عن نية الجاني وإصراره على القيام بالفعل الجرمي[1].

ويُعتد أيضا بمسألة النية في المجال المدني من ذلك مثلا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 105 من القانون المدني بقوله: إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام العقد. وما نصت عليه المادة 107 من ذات القانون بقولها: «يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية»[2].

وتأسيسا على ما تقدم إستقر الفقه على تحديد خصائص القاعدة القانونية بأنها قواعد تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع، وأن هذه القواعد تأتي في صيغة عامة مجردة، وأنها ملزمة. نفصل هذه الخصائص في المطالب التالية:

المطلب الأول: القاعدة القانونية خطاب موجه للأشخاص

سبق القول أن القانون ضرورة اجتماعية لحفظ أمن واستقرار المجتمع وبعث الطمأنينة بين أفراده، وحتى يؤدي القانون وظيفته داخل المجتمع ينبغي أن يوجه خطابه الى الأشخاص لتنظيم وترشيد سلوكهم بشأن معين بما تقره مضمون القاعدة القانونية، فإن الشخص يظل هو المخاطب بها، الملزم بالإمتثال اليها، والخضوع

(1) انظر على سبيل المثال المادة 265 من قانون العقوبات الجزائري.

(2) وكذلك ما نصت عليه المواد 187، 147، 485 من القانون المدني الجزائري.

بمضمونها. فاذا أصدر المشرع قانونا لحماية البيئة أو الآثار أو قانون يحظر صيد بعض أنواع الطير أو الحوت أو غيرها من الحيوانات بهدف المحافظة على سلالتها، فان الشخص يظل هو المعني بتطبيق هذه القاعدة، ولا يتصور أن تنصرف لغيره.

ولما كانت العلاقة فيما بين الأشخاص متشابكة فان موضوع القاعدة القانونية يختلف ولا يثبت على وجه واحد فقواعد قانون الأحوال الشخصية مثلا تنظم العلاقة الشخصية والمالية التي تحدث داخل الأسرة الواحدة فتنظم ابتداء الإطار القانوني لهذا التجمع الأسري وذلك بتحديد أركان عقد الزواج وواجبات وحقوق الزوجين وكيفية فصل الرابطة الزوجية والآثار المترتبة على الفصل وغيرها.

وقواعد القانون المدني تتولى تنظيم الجانب المدني في سلوك الأشخاص وذلك بالزامهم بقواعد معينة ينبغي مراعاتها عند كل تصرف مدني، كقواعد البيع والإيجار والرهن والشركة وغيرها.

ويهتم القانون التجاري بتنظيم نوع من المعاملات تسمى بالأعمال التجارية، وفئة من الأشخاص تسمى بفئة التجار. ويتكفل القانون البحري بتنظيم الملاحة البحرية بما يحيط بها من نشاط وأعمال. وينظم قانون العمل سلوك العامل في إطار عمله ويحكم علاقته بالهيئة المستخدمة ويبين حقوقه وواجباته ونظامه التأديبي. وتنفرد قواعد القانون الدولي الخاص بتنظيم المعاملات الشخصية ذات العنصر الأجنبي.

وإذا دخلنا مجال القانون العام وجدنا القانون الدستوري ينظم سلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية وعلاقة كل سلطة بالأخرى. كما يتولى تحديد مجموع الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأفراد داخل الدولة. حتى لا يحدث إصطدام بين ممارسة السلطة والتمتع بالحق أو ممارسة الحرية، فتنظم القاعدة الدستورية مثلا الحقوق السياسية للأفراد كحق الانتخاب والترشيح وحق تقلد الوظائف وحق إنشاء الأحزاب السياسية، كما تحدد كيفية ممارسة كل سلطة لعملها حتى لا يحدث التجاوز والإصطدام من قبل أحد السلطات المذكورة.

ومن مجموع هذه الأمثلة نستنتج أن القاعدة القانونية نظمت مختلف علاقات الأشخاص سواء أشخاص القانون الخاص أو العام. لأن غياب القاعدة القانونية كأداة ترشيد وتنظيم وتقويم كما تقدم البيان، من شأنه أن يكون مدعاة لظهور مبدأ الذاتية فيطغى على العلاقات وهو ما يؤدي إلى إحداث هزات داخل المجتمع.

والقانون باعتباره قواعد اجتماعية يخضع للتطور والتغيير كلما دعت ظروف المجتمع ذلك، فالقاعدة القانونية التي كانت صالحة بالأمس لتحكم علاقة معينة في ظروف محددة معلومة، قد لا تكون صالحة لتنظيم ذات العلاقة في وقت لاحق. لذا فان يد المشرع تتحرك كلما اقتضى الأمر ذلك،. فالقواعد لا تثبت على صورة واحدة وبمضمون واحد. والقانون أيضا يختلف من دولة الى أخرى فما صلح لمجتمع بالنظر لمعتقده وظروفه ومصلحته وأعرافه، لا يكون كذلك بالنسبة لمجتمع آخر، لذا اختلفت القاعدة القانونية من حيث المكان.

المطلب الثاني، القاعدة القانونية عامة ومجردة

يتكون القانون من مجموعة من القواعد العامة التي لا تتعلق بشخص معين بالذات أو حالة معينة، بل تتعلق بأفراد الشعب عامة أو ببعض طوائف الشعب بحسب صفاتهم وليس بحسب أشخاصهم[1].

ولا نقصد بعمومية القاعدة أنها تسري على جميع أفراد المجتمع دون استثناء بل تظل (أي القاعدة) تتسم بالعمومية وإن خصت طائفة معينة من أفراد المجتمع. فقواعد القانون التجاري تخص فئة من أفراد المجتمع تسمى بفئة التجار، ومع ذلك لا يمكن تجريدها من طابع العمومية، وقانون المحاماة أو قانون القضاة أو قانون الأطباء أو الصيادلة أو المهندسين أو المعماريين كلها قواعد عامة رغم أنها تمس فئة من أفراد المجتمع، بل حتى إن كانت القاعدة القانونية تنظم مركزا قانونيا وحيدا فريدا، تظل تتصف بالعمومية. فالقاعدة الدستورية التي تحدد مثلا صلاحيات رئيس الجمهورية وصلاحيات رئيس الحكومة، أو رئيس المجلس الدستوري أو رئيس المحكمة العليا هي قواعد عامة رغم أنها لاتنطبق الا على شخص واحد.

ويظهر وجه العمومية في القاعدة القانونية أنها لا تخاطب الأشخاص بذواتهم وأسمائهم، وإنما بمراكزهم القانونية وصفتهم، وعليه، فان القاعدة القانونية من حيث الأشخاص المشمولين بها يتسع مجالها ويضيق، وأيا كان نطاقها وعدد الخاضعين لها، والمعنيين بحكمها، تظل تتمتع بطابع العمومية. فقواعد القانون المدني تراها واسعة النطاق يخضع لحكمها عدد كبير من الأفراد ممن شملتهم القاعدة بل إن تطبيقها أحيانا يتجاوز المجال المدني، فقد جاء مثلا في المادة 124 من القانون

(1) د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 38.

المدني ما يلي: «*كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض*» فهذا النص، نظرا لإطلاقه وعموميته، وعدم تحديده، يمتد لطوائف أخرى من أفراد المجتمع كفئة التجار مثلا.

والقاعدة التي تقر بأن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة سنة[1] هي قاعدة عامة لا تخص شخصا معينا بذاته بل تنطبق على كل شخص بلغ هذه السن ذكرا كان أم أنثى غنيا كان أو فقيرا

والقاعدة التي تقر بأن الولد المولود من أب جزائري يعد جزائريا بالنسب[2] هي قاعدة عامة طالما لم تخص مولودا معينا بذاته، فكل من ولد من أب جزائري يتمتع بقوة القانون بالجنسية الجزائرية الأصلية إستنادا لحالة الدم كونه ينحدر من دم أب جزائري سواء ولد في الجزائر أو خارجها.

والقاعدة التي تقضي بأن يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقربائها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له[3] هي قاعدة عامة لم تخص امرأة بذاتها أو وليا بذاته.

والقاعدة التي توجب التصريح بالميلاد خلال خمسة أيام[4] من الولادة أمام ضابط الحالة المدنية[5] قاعدة عامة واسعة النطاق تشمل كل المواليد، والنص الذي يقضي بأن يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة يوم الإقتراع وكان متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ولم يوجد في حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع[6] هو نص عام، لأن المشرع لم يوجه من خلاله الخطاب لشخص بذاته رغم أنه يخاطب فقط فئة الناخبين الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية المذكورة.

(1) أنظر المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

(2) المادة 6 من الأمر رقم 86/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بقانون الجنسية.

(3) المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) جدير بالملاحظة أن هذا الأجال يمدد إلى عشرة أيام بالنسبة لولايتي الساورة والواحات.

(5) المادة 61 من الأمر رقم 20/70 الصادر في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

(6) المادة 3 من القانون رقم 13/89 الصادر في 7 أوت 1989 المتعلق بقانون الإنتخابات المعدل والمتمم.

والنص الذي يلزم الموظف بالمحافظة على سر المهنة[1] هو عام لأنه لم يخاطب موظفا بذاته بل وجه خطابه لفئة الموظفين عامة.

وبصفة العمومية تتميز القاعدة القانونية عن الحكم القضائي إذ الأول خطاب موجه للأشخاص دون تحديد أو ذكر لأسمائهم، بينما الحكم لا يخص ولا يحتج به إلا على أطراف الخصومة، كما أنه محدد بالخصومة ذاتها محلا وسببا[2] وبصفة العمومية تتميز القاعدة القانونية أيضا عن الشروط الواردة في العقود المدنية والتجارية وغيرها، ذلك أن هذه الأخيرة تخص فقط أطرافها دون أن تسري على الجميع.

أما التجريد فيقصد به أن القاعدة عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة، وإنما وضعت بطريقة مجردة عن الإعتداد بشخص أو بأي واقعة[3] مثلا في المجال الجنائي نصت المادة 350 من قانون العقوبات على ما يلي : « *كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا ويعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000د.ج* » . فهذه القاعدة تنطبق على كل مختلس سواء كان رجلا أو إمرأة عاملا أو عاطلا عن العمل غنيا أو فقيرا لأنها لم تخص بالذكر مختلسا بذاته، كما أنها جردت المنقول محل السرقة من كافة الأوصاف، ولم توجه خطابها لضحية معينة، فهي إذن صيغت بشكل مجرد. وفي المجال المدني نصت المادة 361 من القانون المدني على ما يلي: « *يلزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا* » فهذا النص جاء بصيغة التجريد ينطبق على كل بائع أيا كان المبيع.

ولاشك عندنا أن صفة العمومية والتجريد، وإن بدت بحسب الظاهر ضرورة تقتضيها الصياغة القانونية، إلا أن الهدف منها يظل واضحا وهو تحقيق المساواة بين الناس امام القانون، فلا يمكن من حيث الأصل أن يفضل المشرع شخصا عن شخص

---

(1) أنظر المادة 16 من الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 66 المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة.

(2) الدكتور هشام خالد ، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء ، الإسكندرية ، مؤسسة شباب الجامعة، 1990

(3) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص 39 .

ويخص كل واحد من افراد المجتمع بقاعدة تحكم علاقاته ونشاطه ، ولا يعد انتهاكا بخاصية العمومية والتجريد أن يبادر المشرع في المجال الجنائي، وعملا بمبدأ الحضانة، إلى تخصيص قواعد إجرائية تنطبق على بعض الطوائف كالقضاة وأعضاء البرلمان وبعض المسؤولين في السلطة التنفيذية فيحظر كل متابعة جزائية بشأنهم إلا بعد استيفاء جملة من الإجراءات الخاصة التي عادة ما يتم تحديدها في الوثيقة الدستورية[1] وفي قانون الإجراءات الجزائية[2].

المطلب الثالث: القاعدة القانونية ملزمة

أهمية الإلزام وصفته:

حتى يكون القانون بمثابة أداة لتقويم سلوك الأفراد وتنظيم مختلف العلاقات فيما بينهم، ويتحكم في هذا التقويم، وحتى ترسم القاعدة القانونية مختلف القيود والحدود، وتبين الحقوق والحريات، وتفرض إحترامها، ينبغي أن تكتسي طابع الإلزام حتما، لتكون واجبة التنفيذ على جميع المخاطبين بها إن طوعا أو كرها، وليس مجرد قول أو نصح من شاء أخذ به ومن شاء أعرض عنه.

وتشتبه القاعدة القانونية هنا بقواعد سلوكية أخرى كقواعد الأخلاق غاية ما في الأمر أن طبيعة الإلزام ودرجته تختلف من قاعدة إلى أخرى كما سيأتي البيان.

وصفة الإلزام المقترنة بالقاعدة القانونية تقتضي أن تطبع القاعدة بجزاء يترتب عند مخالفتها. إذ يتصور ويفترض في بادىء الأمر خضوع الأفراد لمنطوق القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة العامة فان خالفها أحد تحرك عنصر الجزاء ليرتب أثره وليظهر أهمية القاعدة ومكانتها ودرجة إلزامها.

فالجزاء على هذا النحو وسيلة الإلزام والإجبار وهو من اختصاص السلطة دون الأفراد[3] ذلك أن للفرد وفي كل مجتمع إرادة قد تستجيب طواعية لمضمون القاعدة. وقد تخالفها وتعرض عنها أو تتجاوزها أحيانا. وحتى نجبر الأفراد على اتباعها ينبغي التلويح لهم بجزاء ينتظرهم عند المخالفة.

---

(1) أنظر المواد 109 و110 و111 من دستور 1996

(2) أنظر المادة 573 من قانون الإجراءات الجزائية.

(3) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص 9

وعليه يمكن وصف الجزاء بأنه بمثابة القلب النابض للقاعدة القانونية، وهو من يضمن لها سيادة ويبعث فيها ديناميكية التنفيذ، ودونه تظل القاعدة مجرد أحرف ميتة لا يضمن لها التطبيق.

الجــزاء والقهــر: يقصد بالقهر الذي يميز القاعدة القانونية من غيرها من قواعد السلوك الأخرى هو استخدام القوة المادية التي تملكها الدولة بمنع مخالفة القاعدة أو للتعويض عن مخالفتها[1].

فالقهر نوع من أنواع الجزاء الذي توقعه السلطة العامة بما لها من أعوان لفرض القاعدة القانونية وتطبيق مضمونها جبرا عن طريق القوة العمومية (الشرطة والدرك) إن اقتضى الأمر. وتظهر صورته مثلا في الحجز على أموال المدين وبيعها بالمزاد العلني أو إلزام المستأجر بالقوة باخلاء محل الإيجار أو فرض غرامة مالية أو الإقتطاع من الحساب الجاري.

وعليه فان تنفيذ القاعدة القانونية وباستعمال وسائل الجبر والقهر، أمر تشرف عليه السلطة بالكيفيات والطرق التي حددها القانون، حتى لا يساء استعمال هذا القهر، وحتى لا يظل صورة من صور الإنتقام يمارسها شخص ضد شخص. وقليل ما يتم اللجوء لهذا الأسلوب إذ الأصل والشائع هو خضوع الأفراد طواعية لحكم القانون.

شــروط الجــزاء: يشترط في الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية أن يكون ماديا لتتميز به القاعدة القانونية عن غيرها، وأن تتكفل به السلطة العامة حتى لا يظل صورة من صور القضاء الخاص أو الإنتقام أو الدفاع الذاتي، وأن يكون حال الوقوع. نفصل هذه الشروط فيما يأتي:

1 ـ **الجزاء ذو طابع مادي:** ويقصد به أن هناك أثر مادي يترتب عند مخالفة القاعدة القانونية سواء كانت تتضمن أمرا أو نهيا[2] وحتى يكون الجزاء ماديا ينبغي أن يمس الشخص المخالف أو ماله، فلا يعد جزاءا قانونيا استهجان الناس واستنكارهم لتصرف معين أو عدم تعاملهم مع الشخص المخالف.

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص 61 .

(2) الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، 1992، ص24.

2 ـ **الجزاء توقعه السلطة العامة:** طالما كان القانون صادرا عن السلطة العامة وجب أن تشرف على تنفيذه، وأن تنشىء من الهيئات ما يعمل على تجسيد القاعدة القانونية وأن تفرض إلزامها على جميع الخاضعين لها ولو باستعمال أدوات القهر التي حددها القانون.

فالفرد في المجتمعات البدائية كان يقوم من تلقاء نفسه بأخذ حقه بيده فكان على هذا النحو قاضي نفسه، فما ضاع حق في تلك المرحلة إلا بالقوة وما استرد إلا بها، حتى أن الرجل البدائي كان كثيرا ما يردد أن الثأر ثأري وسأرد على نفسي ما لحق بي[1] ومن هنا كانت القوة حكما أوليا لفض كل خصومة وقطع كل مشاجرة. لذلك لم يكن غريبا أن يقال أن حياة المجتمعات البدائية كانت سلسلة من الإعتداءات والحروب[2].

ومع ذلك لعبت السلطة الأبوية دورا أساسيا في حسم الخلافات التي تحدث بين أفراد الأسرة الواحدة فكان هؤلاء يخضعون خضوعا تاما في حقوقهم الخاصة لرب الأسرة الذي كانت له سلطة واسعة على أموالهم وحرياتهم وأرواحهم[3]. غير أن السلطة الأبوية لم تكن كافية لوحدها لفض المنازعات خاصة تلك التي تحدث بين أفراد أسر مختلفة.

وكان على العقل البشري أن يتجاوز هذه العقبة وفعلا حدث ذلك حينما أخذت القبائل تفكر في إبعاد شبح الحروب مدفوعة بغريزة حب البقاء، ولجأت إلى وسائل

(1) محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، دون إشارة لبلد النشر، 1988

(2) - الدكتور عباس العبودي، تاريخ القانون، العرق، دار الكتب للطباعة والنشر، 1988، ص19 .
ـ الدكتور زهدي يكن، تاريخ القانون، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1969، ص53 .

(3) وفي ذلك يقول ديجي: «... كانت الأسرة الأبوية في عنصر من العصور هي النظام الإجتماعي لدى معظم الشعوب فكان رب الأسرة هو الرئيس الديني والحاكم لتلك الدولة الصغيرة أي الأسرة كما كان أفرادها هم الهيئة المحكومة ولم تكن المدينة إلا عبارة عن إجتماع عدة عائلات...».

قانونية أخرى لمعاقبة الجاني كطرده أو التبرئة منه[1]، كما لجأت إلى أسلوب التحكيم[2].

واليوم وبعد أن عرفت المجتمعات مخاضا من التجارب والمحن والصراعات، وبعد أن جنحت للسلم ومنذ زمن بعيد أضحى التنظيم هو الصورة التي تحكم مختلف المجتمعات والنظم القانونية، فضبطت لهذا الغرض علاقات الأفراد فيما بينهم، وبينهم وبين هيئات الدولة. وتعين لفرض هذا التنظيم والنسيج القانوني أن تشرف على توقيع الجزاء، وفرض القهر إن لزم الأمر، سلطة عليا وليس الأفراد.

غير انه وفي حالات استثنائية محددة يجوز للشخص أن يوقع الجزاء بنفسه كما في حالة الدفاع الشرعي في القانون الجنائي. فقد أباح المشرع للفرد رد الإعتداء الذي يقع على نفسه أو ماله أو على نفس أو مال الغير بالقوة في مواضع محددة ومعينة. فقد نصت المادة 39 من قانون العقوبات: «*لا جريمة إذا كان الفعل قد دفعت إليه الضرورة الحالية للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال مملوك لشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الإعتداء*».

ولما كان الإعتراف للأفراد بتوقيع الجزاء بأنفسهم[3] إستثناءا لا قاعدة وجب أن يضيق المشرع من نطاق استعمال هذه الحالة فيحدد لها اوصافا وشروطا فيفرض على الشخص الدفاع عن نفسه أو ماله بنفس درجة الإعتداء.

3- الجزاء حال الوقوع : ويقصد به أنه عند مخالفة القاعدة القانونية فان الجزاء أيا كان نوعه وصورته يوقع مباشرة على شخص المخالف، إذ ينبغي أن يظهر الأثر القانوني المترتب على خرق القاعدة سواء كان في صورة غرامة مالية أو تعويض أو حبس أو حجز على الأموال...

---

(1) ويقصد بهذا النظام أن تتبرأ الجماعة من الجاني دفعا لما قد يجره عليها من نزاع أو حرب وعندئذ يترك لرحمة صاحب الحق يقتص منه، وقد عرف هذا النظام عند العرب وعند اليونان وقبائل أخرى. لتفصيل أكثر راجع : - الدكتور عباس العبودي، المرجع السابق، ص38.
- الدكتور عبد السلام الترماني، محاضرات في تاريخ القانون، جامعة حلب، سورية، 1964 ص150 بعدها

(2) - الدكتور عبد السلام الرماتني، المرجع نفسه، ص45.
- الدكتور صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص62.
- الدكتور زهدي يكن، المرجع السابق، ص62.

(3) من الفقهاء، من لم يعتبر حالة الدفاع الشرعي صورة من صور توقيع الجزاء،
- أنظر على سبيل المثال الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص83.

أنواع الجزاء : يتخذ الجزاء في القاعدة القانونية صورا مختلفة فقد يكون جزاءا جنائيا أو جزاءا مدنيا أو جزاءا إداريا أو دوليا. نوضح هذه الصور فيما يلي :

1- الجزاء الجنائي : ويقصد به أن يحف المشرع القاعدة القانونية بجزاءات ذات طابع جنائي تترتب عند المخالفة، وقد تكون عقوبة بدنية كالإعدام أو سالبة للحرية كالحبس أو مالية كالغرامة.

أمثلة من القانون الجزائري :

- **العقوبة البدنية**: جاء في المادة 261 من قانون العقوبات: «يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم».
- **العقوبة السالبة للحرية**: **المادة 144 من قانون العقوبات: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 من أهان قاضيا أو موظفا** أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد أو بارسال أو تسليم أي شيء إليهم أو بالكتابة أو الرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها وذلك بقصد المساس بشرفهم أو اعتبارهم أو الإحترام الواجب لسلطتهم».
- **العقوبة المالية**: نصت المادة 463 من قانون العقوبات: «يعاقب بغرامة من 30 إلى 100د.ج ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام كل من ألقى بغير احتياط اقذارا على أحد الأشخاص».

وتكون العقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية.

فالعقوبات الأصلية هي الجزاء الأصلي المقرر للجريمة وتتخذ صورا مختلفة بحسب ما إذا كان الفعل يشكل جناية أو جنحة أو مخالفة. فالعقوبات الأصلية في مواد الجنايات هي: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة. والعقوبات الأصلية في مواد الجنح هي: الحبس المؤقت لمدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات، الغرامة التي تتجاوز 2000د.ج. أما العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر الغرامة من 20 إلى 2000د.ج.

والعقوبات التبعية هي جزاءات فرعية يلحقها القانون بالمحكوم عليه بالعقوبات الأصلية، وبحسب ما جاء في المادة 6 من قانون العقوبات هي الحجز القانوني

والحرمان من الحقوق الوطنية كعزل المحكوم عليه من جميع الوظائف وحرمانه من حق الإنتخاب والترشح وإقرار عدم أهليته لأن يكون محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد أمام القضاء إلا على سبيل الإستدلال أو عدم أهليته لأن يكون وصيا. ولا تتعلق هذه العقوبات إلا بعقوبة جناية. وعددت المادة التاسعة وما بعدها من قانون العقوبات، العقوبات التكميلية منها، الإعتقال والمنع من الإقامة والمصادرة الجزئية للأموال وغيرها.

ولاشك أن الهدف من وضع جزاءات ذات طابع جنائي هو حفظ النفس والمال والعرض والنظام العام داخل المجتمع حتى تكون بمثابة واق للأفراد. فإن تجرأ أحد على مخالفة القاعدة القانونية وسولت له نفسه ذلك، كان عرضة لتوقيع العقوبة عليه. إذ ما الفائدة إذا قلنا أن سلامة الجسد مصانة محفوظة وأنه لا يجور لأي كان إختلاس أموال غيره، أو الإعتداء على حرمة مسكنه، دون أن نحف هذه القواعد بجزاءات ذات طابع جنائي توقع عند المخالفة، فالقاعدة القانونية على هذا النحو ستفقد معناها وتجرد من فعاليتها وتفرغ من إلزاميتها، مما يجعلها في النهاية مجرد قول أو نصح.

2ـ ***الجزاء المدني:*** قد لا يقترف الشخص فعلا مجرما ومحددا في قانون العقوبات، بل يخل مثلا برابطة عقدية أو يرتكب عملا يسبب ضررا للغير أو يرتكب من تحت رقابته خطأ يلحق ضررا بالغير. ففي مثل هذه الحالات نكون أمام مسؤولية مدنية أي أن الجزاء ينبغي أن يكون من جنس العمل بمعنى جزاء مدني.

والمسؤولية المدنية نوعان عقدية أي مسؤولية الشخص عن تنفيذ ما تعاقد عليه، ومسؤولية تقصيرية وهي مسؤولية الشخص عن خطأ ينسب إليه. فعندما يخل البائع في عقد البيع بالإلتزام الذي عليه ويسلم المشتري مثلا محل البيع على نحو يخالف ما اتفق عليه في العقد، جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد إذا أثبت أن النقص بلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها لما أتم البيع[1]. فالفسخ أثر ترتب على مخالفة التزام قانوني، هو الإلتزام بتسليم المبيع[2].

(1) أنظر المادة 365 من القانون المدني.

(2) أنظر المادة 364 من القانون المدني.

وعندما يتسبب القاصر في إحداث ضرر للغير ينسب لأب أو من يحل محله فيلزم بإجباره وتعويض الطرف المضرور[1]. أو عندما يتسبب العامل أثناء أدائه لعمله في إحداث ضرر يلحق بالمتبوع فيلزم بتحمل التبعة[2].

وعلى هذا النحو فالجزاء المدني يتخذ هو الآخر صورا متعددة، فيظهر في شكل تعويض أو فسخ للعقد أو بطلان. والتعويض بدوره قد يكون إتفاقيا يخضع لإرادة المتعاقدين ويسمى عادة بالشرط الجزائي وهو ما أجازته المادة 183 من القانون المدني بقولها: «يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد...» وقد يكون قضائيا يقرره القاضي بحسب ما يلحق بالطرف المضرور من خسارة وما يفوته من كسب، وقد يكون قانونيا كأن تتدخل القاعدة القانونية فتفرض فوائد معينة تترتب على علاقة مدنية أو تجارية.

والتعويض قد يكون نتيجة ضرر مادي كالضرر الذي يحدثه المتعاقد أو القاصر أو التابع كما أشرنا سابقا. وقد يكون نتيجة ضرر معنوي[3] من قبيل ذلك ما نصت عليه المادة 4 من قانون الأسرة بقولها: *«الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض»*. وما نصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم 12/78 الصادر في 5 أوت 1978 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعامل بقولها: *«يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق العامل»*.

والجزاء المدني هو الآخر ضرورة ينبغي أن تلازم القاعدة القانونية ذات الطابع المدني، فحتى تضبط العلاقة بين أفراد المجتمع يقتضي الأمر أن تتوج بجزاء. فإذا قلنا أن من واجب البائع تسليم المبيع للمشتري على الحالة التي كان عليها وقت البيع[4]، فانه ومنعا للتحايل والتهرب من تحمل الإلتزام وجب أن ترتب المسؤولية في ذمة البائع إذا تبين أن البيع به عيب خفي، ونعترف للمشتري بحقه في رفع دعوى أمام القضاء للحصول على حقه. وإذا قلنا أن من كان في حالة فقد للأهلية

(1) أنظر المادة 135 من القانون المدني.

(2) أنظر المادة 136 من القانون المدني.

(3) لمعرفة موقف النظم القانونية من مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية. راجع الدكتور مقدم السعيد، التعويض في الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، بيروت، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، 1985، ص62 وما بعدها.

(4) أنظر المادة 364 من القانون المدني.

بسبب الجنون لا يكون صالحا لمباشرة حقوقه المدنية[1]، فانه عند مخالفة هذه القاعدة ينبغي أن يتحرك عنصر الجزاء ليعلن بطلان التصرف لافتقاده لأحد الأدوات القانونية وهي الأهلية.

3 -**الجـزاء الإداري:** وهو الجزاء المقرر في نطاق القانون الإداري ويتخذ صورا مختلفة[2] فاذا كنا بصدد عقود إدارية فان الجزاء عند المخالفة يكون إما البطلان أو التعويض، وإذا تعلق الأمر بجريمة تأديبية ارتكبها الموظف العام فان الجزاء هنا تختلف درجته بحسب درجة الخطأ فقد يكون في صورة إنذار أو لفت نظر أو توبيخ أو تنزيل في الرتبة أو نقل أو توقيف للراتب أو تجميد للترقية خلال مدة، وقد يكون أشد من ذلك فيفصل الموظف مع توفير الضمانات المقررة له سواء في جانبها الإداري أو القضائي. فالموظف الذي يتغيب مثلا عن عمله ساعة زمن ليس كمن يتلف عن قصد وثيقة أو ملفا إداريا، ومن يقصر في عمله بدافع الكسل ليس كمن يعرض ممتلكات الإدارة للتخريب والهلاك، ومن يتغيب يوما ليس كمن يتناول مشروبات كحولية أثناء العمل، وليس كمن يذيع سرا مهنيا، أو يرفض تعليمات رئيسه الإداري.

وطالما تعدد الفعل التأديبي واتخذ صورا مختلفة وأشكالا متباينة وجب بالمقابل أن يختلف عنصر الجزاء في القاعدة القانونية. والجزاء ذو الطابع الإداري ضرورة لحفظ النظام داخل المرافق العمومية إذ العلاقة بين الموظف العام والإدارة تحتاج إلى نصوص تنظمها، وأن هذه النصوص حتى تحترم يقتضي الأمر أن تكتسي القاعدة القانونية طابع الجزاء.

فاذا قلنا مثلا أن من واجب الموظف تنفيذ تعليمات رئيسه الإداري الداخلة في نطاق وظيفته، فان هذه القاعدة حتى لا تظل مجرد كلام جاف وجب أن يترتب على مخالفتها جزاء إداري يتجسد في عقوبة تأديبية كالنقل والتسريح وغيرها.

4 -**الجـزاء الدولـي:** لا تقتصر القاعدة القانونية على تنظيم العلاقات فيما بين الأفراد في مختلف المجالات، بل تعمل إلى جانب ذلك على تنظيم العلاقات فيما بين الدول والمنظمات الدولية وذلك في حالات السلم والحرب وهذا ما اصطلح على تسميته بالقانون الدولي العام. وحتى تكون لقواعد هذا القانون فعالية في التطبيق

(1) أنظر المادة 42 من القانون المدني.

(2) أنظر الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص11.

وجب أن تكتسي هي الأخرى طابع الجزاء الدولي، فهو يحدث عن انتهاك قواعد القانون الدولي[1]. وتظهر أهمية الجزاء في قواعد القانون الدولي العام أن العلاقات فيما بين الدول في وقت السلم والحرب، وكذا العلاقات فيما بين الدول والمنظمات الدولية، إذا لم تضبط بأحكام تحمل بين طياتها جزاءا معينا، فانها تكون دون ريب مجرد قول قد لا ينفذ. وجدير بالإشارة أن طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة قواعد القانون الدولي العام تختلف عن الجزاء المقرر عند مخالفة قواعد القانون الداخلي وهذا ما سنوضحه لاحقا.

(1) الدكتور لعشب محفوظ، المبادئ العامة للقانون المدني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص22.

المبحث الثالث: نطاق القانون

بعد أن عرفنا خصائص القاعدة ينبغي تحديد نطاقها حتى يتسنى لنا مقارنتها وتمييزها عن بقية قواعد السلوك الاجتماعي، كقواعد الأخلاق والقواعد الدينية، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التمييز بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق

صلة القانون بالأخلاق:

قواعد الأخلاق هي المثل العليا التي يرى الناس فيها ما ينبغي اتباعه كالتزام الصدق واجتناب الكذب ومساعدة الضعيف وإيثار الغير عن النفس[1] وهي تختلف من مجتمع إلى آخر، ومن هنا تبدو العلاقة بين القواعد الأخلاقية والقواعد القانونية واضحة في أن محل كل منهما هو الإنسان.

ولقد ساهمت قواعد الأخلاق مساهمة كبيرة في إرساء دعائم السلم الإجتماعي وفي تقويم سلوك الأفراد. وكثير من القواعد الأخلاقية ما دخلت مجال التشريع فتبناها المشرع وعمل على صياغتها في شكل نصوص قانونية كالتعسف في استعمال الحق وتسعير بعض المواد منعا للغش وإلزام الفرد بمساعدة الغير في مواضع محددة أو الدفاع عن نفس الغير وماله وغيرها.

كما نص القانون على إبطال العقود المخالفة للآداب العامة من ذلك ما جاء صراحة في المادة 96 من القانون المدني : *«إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا»* . وتضمنت قواعد قانون العقوبات جرائم كثيرة لها صلة بالقواعد الأخلاقية كالامتناع عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر يكون قادرا على تقديم هذه المساعدة موضوع المادة 2/182 من قانون العقوبات[2]

(1) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص102

(2) يلزم الشخص بمساعدة الغير ولا يعفى من هذا الإلتزام ولو كان في حالة سكر.

ـ أنظر قرار المحكمة العليا غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 3 1.1 1990.1 المنشور بالمجلة القضائية 1992. العدد الثاني، ص210.

والأفعال المخلة بالحياء موضوع المواد 333 و333 مكرر و334 و 335. وهتك العرض موضوع المادة 336. والقواعد التي تجرم شهادة الزور موضوع المادة 232 وما بعدها والرشوة موضوع المواد من 126 إلى 134. والقواعد التي تجرم ترك الأطفال والعاجزين موضوع المادة 314 وما بعدها.. وألزم قانون الأسرة صراحة في نص مادته 62 الحاضن برعاية المحضون خلقيا.

وعليه عمد المشرع إلى رفع بعض القواعد الأخلاقية إلى مصف القواعد القانونية حتى تكون أكثر إلزاما وحتى يضمن تقيد الأفراد بها، وليس هذا معناه أن كل قاعدة قانونية تهتم فقط بالجانب الأخلاقي للفرد، بل إلى جانب ذلك تهتم بمسائل أخرى كتنظيم المؤسسات والمرافق العمومية على إختلاف أنواعها وتنظيم المواليد والوفيات وإصدار قانون يحدد طرق التقاضي وآخر للجنسية وآخر لتنظيم التجارة والملاحة البحرية وغيرها.

وجه الإختلاف بين القانون والأخلاق:

رغم التشابه بين القواعد القانونية وقواعد الأخلاق إلا أن الفرق بينهما يكمن في الجوانب التالية:

1 ـ **من حيث الغاية** : لما كانت قواعد الأخلاق مثالية فغايتها هي نقل الإنسان والسمو بسلوكه نحو الكمال لذا نراها تأمر الإنسان بالخير وتنهاه عن الشر، بينما غاية القاعدة القانونية هي حفظ النظام العام داخل المجتمع وتحقيق العدالة والسلم الإجتماعي.

2 ـ **من حيث النطاق** : يقول بنتام *«إذا كانت دائرة الأخلاق والقانون متحدتين في المركز، إلا أنه ليس لها نفس المحيط الدائري»*[1] ، فقواعد الأخلاق لما كانت قواعد مثالية فان دائرتها أكثر سعة ومجالها أوسع نطاقا فهي تهتم بتنظيم سلوك الإنسان مع نفسه ومع ربه ومع غيره، بينما لا تكترث القاعدة القانونية سوى بالمظهر الخارجي أو بالسلوك المادي للإنسان دون الإعتداد بنواياه وميوله وما يدور في ذهنه. فالكذب مثلا تحظره القاعدة الأخلاقية بينما لا تعاقب عليه القاعدة القانونيّة، إلا في حالات معينة كأن يكون مثلا أمام جهة قضائية فيعد شهادة زور.

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص15

3- **من حيث الجزاء:** سبق القول أن القاعدة الأخلاقية تهدف إلى التحكم في إرادة الإنسان والسمو به نحو الكمال، فان مخالفة هذه القواعد يترتب عنه تأنيب الضمير واستنكار أفراد الجماعة واستهجانهم لتصرف معين. فالعقوبة لا تخرج في هذه الحالة عن كونها عقوبة معنوية. أما الجزاء عند مخالفة القاعدة القانونية يكون دائما ماديا ويتخذ صورا وأشكالا مختلفة. فاذا كنا بصدد تجاوز وخرق لنص أو التزام مدني فان الجزاء يتخذ صورة إما التعويض أو البطلان أو الفسخ وغيرها من صور الجزاء المدني التي رأيناها سابقا. وإذا تعلق الأمر بنص جزائي فان العقوبة تتراوح بين الغرامة والسجن المؤقت والسجن المؤبد والإعدام بحسب جسامة الفعل الجرمي، وإذا كانت المخالفة تتعلق بنص اداري كأن يرتكب الموظف فعلا تأديبيا، فان الجزاء إما أن يظهر في شكل انذار أو توبيخ أو تنزيل أو نقل أو تسريح.

المطلب الثاني: التمييز بين القواعد القانونية والقواعد الدينية

صلة القانون بالقواعد الدينية: يقصد بالقواعد الدينية القواعد المنزلة من عند الله عز وجل على رسول أو نبي من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامها[1] ، ولقد أثبتت دراسات تاريخ القانون أن القواعد الدينية لعبت على مدى حضارات كثيرة وفترات طويلة من الزمن دورا أساسيا في ضبط العلاقات فيما بين الأفراد.

ورغم ظهور حركة التشريع وتطورها وتدخل البشر في وضع كثير من القواعد القانونية، إلا أن فضل القواعد الدينية على القواعد القانونية يظل قائما مستمرا خاصة في مجال الأحوال الشخصية إذ عادة ما تستلهم أحكامها من القواعد الدينية.

وتتشابه القاعدة الدينية مع القاعدة القانونية في أن كل منهما يتضمن خطابا موجها للإنسان يهدف إلى ضبط سلوكه وتنظيم علاقاته ومعاملاته. ويعد الإلزام صفة ملازمة للقاعدة الدينية والقاعدة القانونية مع اختلاف صورة الجزاء كما سنرى ذلك لاحقا.

(1) [illegible] توفيق العطار، المرجع السابق، ص91.

ومن المؤكد أن القاعدة الدينية تختلف في مضمونها عن القاعدة القانونية حتى بشأن الأمر الواحد فلو أخذنا مسألة سن الرشد نجد أن مختلف القوانين ذهبت إلى تحديد سن معينة في القانون المدني، بينما نجد أحكام الشريعة الإسلامية تعتد بمسألة البلوغ ولا تصرف أهمية لعدد السنوات، ولو أخذنا أيضا عقد الزواج وجدنا أن كثيرا من القوانين تنظر إليه على أساس أنه عقد مدني، ينشأ بتوافر أركانه. وينبغي أن يتم امام موظف مختص، وبشكل وإجراءات حددها القانون، بينما الشريعة الإسلامية تنظر لعقد الزواج على أنه عقد ديني ينهض ويكتمل إذا توافرت أركانه الشرعية.

وتتشابه القاعدة الدينية مع القاعدة القانونية في أن كل منهما يأتي في شكل وصيغة العمومية، فاذا أخذنا مثلا قوله تعالى[1] (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءا بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم).

نجد أن النص جاء بصيغة التجريد والعمومية وينطبق على كل سارق سواء كان عالما بالنص أو غير عالم به ذكرا كان أو أنثى غنيا أو فقيرا وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال: *«والله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»*.

وفي المجال المدني والتجاري قال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[2]. فالنص عام ينطبق على جميع المخاطبين به وعلى جميع العقود على اختلاف أنواعها.

وهناك أفعال جرمتها القواعد الدينية ووضعت لها جزاءات من قبيل ذلك فعل القتل والضرب والجرح والسرقة وهو ما جرمته أيضا كل القوانين الوضعية مع اختلاف صور العقوبة. وهناك تصرفات تحظرها القواعد الدينية وتبيحها القواعد القانونية مثل التبني وإقرار نظام الفوائد[3]. وخلاف ذلك هناك روابط وعلاقات تبيحها القاعدة الدينية وتمنعها القاعدة القانونية من ذلك مثلا تعدد الزواج فهو مباح في النظم القانونية التي تأثرت بالإتجاه الإسلامي ومحظور في الأنظمة الغربية.

(1) سورة المائدة، الآية 40.

(2) سورة المائدة، الآية 1.

(3) أنظر المادة 445 من القانون المدني.

وجه الإختلاف بين القواعد الدينية والقواعد القانونية:

1ـ من حيث النطاق: الدين ينظم سلوك الإنسان مع ربه ومع نفسه ومع غيره بينما القواعد القانونية لا تهتم إلا بسلوك الإنسان مع غيره. فالقواعد الدينية تتضمن أحكاما تتعلق بالعبادات. قال تعالى: (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون)[1]. فعلاقة الإنسان بربه كانت محلا لمختلف الرسالات التي كلف بتبليغها الأنبياء والمرسلون على مدى أجيال وحضارات كثيرة، ومن أجل ذلك أمرنا نحن المسلمون بالصلاة والزكاة والصوم والحج كما أمر غيرنا من الأمم السابقة.

ولا تقتصر القواعد الدينية على تبيان واجب الإنسان نحو ربه بل هي أوسع مدى، فتمتد لتشمل علاقة الإنسان بنفسه وعلاقته بالآخرين قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور وهو يتحدث عن مقاصد الشريعة الإسلامية: *«إذا نحن استقرأنا موارد الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع استبان لنا من كليات دلائلها ومن جزئياتها المستقراة أن المقصد العام من التشريع فيها هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحها بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان، ويشمل صلاحه صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه»*[2].

ولا يمكن أن يحفظ النظام العام إذ لم تعمل الشريعة على تنظيم علاقة الإنسان بالإنسان سواء على مستوى الأسرة أو ضبط مختلف معاملاته المدنية والتجارية وغيرها وكذا تجريم الأفعال التي تمس النفس أو المال أو العرض وخلافه.

2ـ من حيث الجزاء: تختلف القاعدة الدينية عن القاعدة القانونية في طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة، فالجزاء في القاعدة القانونية توقعه السلطة العامة ويأخذ دائما صورة الجزاء المادي الدنيوي بالأشكال التي ذكرناها سابقا، بينما الجزاء في القاعدة الدينية جزاء دنيوي وأخروي. ولا نؤيد في هذا الصدد ما ذكره الدكتور أحمد حسن قدادة من أن الجزاء في القاعدة الدينية جزاء أخروي فقط بقوله:

(1) سورة الذاريات، الآية 56.

(2) الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، طبع مشترك، المؤسسة الوطنية للكتب الجزائر والشركة التونسية للتوزيع، دون تاريخ، ص63.

«بينما الجزاء في القاعدة الدينية فهو جزاء أخروي هو العذاب في الآخرة»[1]، ذلك أن المخالف للقاعدة الدينية توقع عليه جزاءات في الدنيا فلو أخذنا على سبيل المثال العقوبات المقررة في النظام الإسلامي لوجدناها قد تأخذ شكل الحد[2] كحد السرقة وهو قطع اليد اليمنى وفي حالة العود تقطع رجله اليسرى[3]، وحد جريمة الحرابة(قطع الطريق) منها القتل والصلب أو القتل فقط. وحد جريمة الزنا إما الجلد أو الرجم. والجلد بالنسبة لجريمة شرب الخمر، وقد تكون العقوبة مال يدفع كما هو الحال في الدية.

وتأسيسا على ما تقدم فان وصف الجزاء في القاعدة الدينية هو جزاء أخروي فقط أمر لا تؤيده الأحكام الجزائية في نظامنا الإسلامي.

3ـ من حيث الغاية: لما كانت القواعد الدينية قواعد إلهية أقرتها الشرائع السماوية ويلزم الناس باتباعها خوفا من غضب الله وعقابه، فان غايتها لاشك هي تأصيل العقيدة أولا في النفس البشرية لتكون بمثابة أساس روحي متين يوثق صلة الإنسان بربه فيجعله دائم المحاسبة لنفسه مستغفرا ربه كل لحظة وحين، وثانيا تعمل القاعدة الدينية على إلزام الفرد بالتقيد بضوابط معينة في كل معاملاته، انطلاقا من علاقته مع أفراد أسرته وامتدادا لعلاقته مع أفراد المجتمع ولو كانوا يمارسون معتقدا غير معتقده. والى جانب تنظيمها لعلاقة الإنسان بالإنسان نراها تركز أيضا على محور أساسي هو علاقة الإنسان بنفسه فتطهره من كل دنس وبذور شر فتمنعه مثلا من الحسد والنميمة والغيبة والكذب والبغض وتدفعه للتواضع وحسن المعاملة، فهي قواعد تهدف إلى السمو بالإنسان نحو عالم كله خير وضياء وطهر، بينما غاية القواعد القانونية لا يخرج عن تحقيق النظام العام فهي لا تمتد لأعماق الإنسان لتدخل سريرته ونيته إلا في حالات استثنائية للكشف عن أبعاد الفعل المادي.

(1) الدكتو خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص25.

(2) الحد في الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى.

ـ أنظر د/ أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، بيروت، دار الشروق، دون تاريخ، ص21.

(3) الدكتور فتحي بهنسي، المرجع نفسه، ص44.

الفصل الثاني

تقسيم القانـون

تقسيم القانون

تقدم البيان أن القاعدة القانونية تمتد لتنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، وكذا علاقات الدول فيما بينها وعلاقتها بالمنظمات الدولية، فان النتيجة الحتمية التي ننتهي إليها أن القاعدة القانونية سوف لن تكون من حيث المضمون واحدة، ذلك أن ما صلح لتنظيم علاقات الأفراد قد لا يصلح لتنظيم علاقات الدولة والهيئات التابعة لها، لذلك قسم القانون إلى قانون عام وقانون خاص من جهة.

كما أن المشرع وهو يخاطب الأشخاص أحيانا نراه حازما صارما فيظهر القاعدة القانونية في شكل قطعي بات، ولا يجيز لهم مخالفتها، وأحيانا أخرى نراه يفسح مجالا بصريح العبارة للأشخاص بغرض تحكيم قاعدة أخرى غير القاعدة التي رسمها من أجل ذلك قسمت القواعد القانونية إلى قواعد آمرة باتة وقواعد مكملة، وهو ما سنفصله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول:

تقسيم القانون من حيث العلاقة التي ينظمها

إن أول سؤال يتبادر للذهن بعد تقسيم القانون من حيث موضوع العلاقة إلى قانون عام وآخر خاص هو ما فائدة هذا التقسيم ونتائجه القانونية، ثم ما هو المعيار الذي ينبغي اعتماده وتطبيقه لمعرفة طبيعة القاعدة كونها من القانون العام أو القانون الخاص، وما هي فروع القانون العام وفروع القانون الخاص؟

سنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: فوائد التفريق ومعاييره

يتعين علينا قبل استعراض فروع القانون العام والخاص معرفة فوائد التفريق والمعايير المقترحة من جانب الفقه للتمييز بين القانون العام والخاص. نوضح هذه المسألة في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: فوائد التفريق

لا تستند التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى اعتبارات نظرية، بل تستند أيضا إلى اعتبارات عملية مصدرها الاختلاف في طبيعة ونوع العلاقات التي ينظمها كل من القانون العام والخاص لعل أهمها ما يلي:

1 ـ **من حيث النظام القانوني الذي تخضع له العلاقة:** إن السلطة العامة داخل المجتمع تهدف من وراء نشاطها إلى تحقيق الصالح العام، وعليه كان لابد أن يعترف لها بامتيازات معينة لا يمكن أن يعترف بها للأفراد الذين يهمهم ويشغلهم فقط تحقيق مآربهم الخاصة، من قبيل ذلك أن السلطة تتولى إصدار قرارات تؤثر في حقوق ومراكز المواطنين كما هو الحال في نزع الملكية للمنفعة العامة إذ تستطيع الإدارة أن تستولي على عقار مملوك لأحد الأفراد وفقا لإجراءات حددها القانون[1].

(1) أنظر القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

بهذا الإمتياز المعترف به لجهة الإدارة رغم أنه سيحرم شخصا من ملكية عقار، إلا أنه يظل قانونيا طالما التزمت الإدارة بمراعاة مختلف الجوانب القانونية في كل مراحل النزع، وهذا الإجراء قصر على السلطة العامة لا يمكن للمشرع أن يعترف به للأفراد حتى لا يظل صورة من صور الإعتداء على الملكية العقارية. فالنظام القانوني على هذا النحو الذي تخضع لها العلاقة، ليس واحدا ولا يمكن أن يكون واحدا.

وتظهر فائدة التقسيم ايضا في مجال العقود، إذ الإدارة في كثير من الحالات تدخل في علاقات تعاقدية مع الأفراد وتتمتع بجملة من السلطات تخولها صلاحية تعديل العقد بارادتها المنفردة أو توقيع جزاءات على المتعاقد معها أو فسخ العقد، وكل هذا تحت عنوان السلطة العامة[1]. فمبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة المعروف في مجال روابط القانون الخاص لا يمكن تطبيقه إذا تعلق الأمر بعلاقة من القانون العام، ذلك أن المساواة بين الأطراف المتعاقدة في مجال روابط القانون العام من شأنه أن يجرد الإدارة من سلطتها ويشل يدها عن كل تعديل أو فسخ للعقود، وهو ما يعيق تحقيق الصالح العام.

ويحكم أموال الإدارة أو ما اصطلح عليه بالأموال العامة نظام قانوني يختلف عن النظام المعروف في مجال الملكية الخاصة. فالمال العام وفق منطوق المادة 689 من القانون المدني *«لا يجوز التصرف فيه أو حجزه أو تملكه بالتقادم»*. لأن خلع هذه الحماية عن المال العام بجواز التصرف فيه أو حجزه أو إكتسابه بالتقادم، ينجر عنه تضييق نطاق المال العام وذوبانه ولو تدريجيا في نطاق الملكية الخاصة، فيكون الحجز أو التصرف التملك بطريق التقادم وسائل قانونية تفني المال العام، لذلك حصن ضد جميع التصرفات.

وفي مجال الروابط الخاصة اعتمد المشرع نظاما قانونيا مخالفا للذي سبق ذكره، وأجاز فيه للأفراد التصرف في أموالهم إن بالبيع[2] أو الإيجار[3] أو الرهن[4] وغيرها.

(1) أنظر أحكام المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لاسيما نص المواد 97 وما بعدها.

(2) أنظر المادة 351 وما بعدها من القانون المدني.

(3) أنظر المادة 467 وما بعدها من القانون المدني.

(4) أنظر المادة 882 وما بعدها من القانون المدني.

كما أجاز لهم تملك المال عن طريق التقادم[1]، ومكنهم من الحجز في مواضع معينة وباتباع إجراءات خاصة حددها القانون[2].

واعترفت مختلف الأنظمة القانونية للإدارة العامة باتباع اجراءات تنظيمية وقائية يكون الهدف منها صيانة النظام العام بما يحويه من أمن عام وصحة عامة وسكينة عامة، من قبيل ذلك القرارات التي تصدرها الإدارة لتمنع بمقتضاها إنشاء محلات تجارية في أماكن معينة مخصصة للسكن، أو منع مكبرات الصوت في أماكن أخرى، أو فرض تلقيح أو غلق طريق معين تلافيا للحوادث وغيرها.

ولا نجد مثيلا لهذه السلطات في مجال روابط القانون الخاص. فلا يمكن أن يعترف المشرع لشخص بممارسة سلطة ضد شخص أو تقييد حريته.

وفي مجال المسؤولية المدنية نلاحظ أن القواعد التي تخضع لها الإدارة تختلف عن القواعد التي يخضع لها الأفراد. فالإدارة وفقا للقانون الفرنسي القديم لم تكن تسأل عن الأضرار التي تحدثها وهذا تطبيقا لقاعدة أن الملك لا يخطىء، ثم أقرت في مرحلة لاحقة مسؤولية الدولة استنادا لقواعد القانون المدني وبالتحديد لنظام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، غير أن هذه الفكرة بدورها لم تسلم من النقد خاصة من جانب مجلس الدولة[3]، ومع التطور ظهرت فكرة الخطأ المصلحي أو المرفقي(مسؤولية المرفق العام) والخطأ الشخصي (مسؤولية الموظف العام)[4].

2- **من حيث الجهة القضائية صاحبة الإختصاص:** لا تنطوي فائدة التمييز بين القانون العام والقانون الخاص على الإختلاف والتنوع في النظام القانوني الواجب التطبيق الذي تخضع له العلاقة فحسب، بل تمتد أيضا لتشمل الجهة القضائية صاحبة الإختصاص. فطالما اعترفنا لجهة الإدارة بممارسة بعض السلطات، وأن هذه السلطات غير معهودة في مجال روابط القانون الخاص، تعين وبالمقابل تخصيص جهة قضائية يعود لها الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفا

(1) أنظر المادة 827 وما بعدها من القانون المدني.

(2) أنظر المادة 355 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

(3) الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز الحق وبيوض خالد الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص208.

(4) للتمييز بين الخطئين راجع خاصة د/ عمار عوايدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1982، ص98 وما بعدها.

فيها بوصفها صاحبة السيادة تسمى بالمحاكم الإدارية إلى جانب المحاكم العادية ويعرف هذا النظام بازدواجية القضاء بينما فضلت نظم أخرى عرض مختلف المنازعات أيا كان نوعها على جهة قضائية واحدة ويسمى هذا النظام بوحدة القضاء[1].

ومن المستقر عليه فقها وقضاء[2] أن تصرفات الإدارة التي تقوم بها بوصفها سلطة عليا لا تخضع فيها لرقابة القضاء وقد أصطلح على تسميتها بأعمال السيادة أو الحكومة، وهو ما اعتبره البعض أكبر امتياز للإدارة أمام القضاء[3]. وهذا الإمتياز لا مثيل له في مجال روابط القانون الخاص.

الفرع الثاني: معايير التفرقة بين القانون العام والخاص

قدم الفقه معايير كثيرة للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص أحصاها أحد الباحثين بسبعة عشر معيارا[4]، وكثرة المعايير باعتقادنا يدل على أن مجال التمييز خصب متنوع من جهة، ويبرز من جهة أخرى مدى الصعوبة التي واجهت الحركة الفقهية بغرض تحديد معيار جامع مانع للفصل بين القانون العام والقانون الخاص.

ولقد ازدادت الصعوبة حدة وتعقيدا بسبب تطور وظيفة الدولة، هذه الأخيرة التي كانت تتكفل فقط بتأمين الفرد داخليا فوفرت له جهاز الأمن، وتأمينه خارجيا فوفرت له جهاز الدفاع، وأنشأت له هيئة قضائية يقصدها لرفع مظالمه وادعاءاته. ولم تكن لها مهمة عدا هذه الوظائف الثلاث، غير أن هذه الحال لم يعمر طويلا إذ سرعان ما تطور المجتمع بسبب عوامل كثيرة منها تعاقب الأزمات الإقتصادية وتطور العلوم وظهور الإختراعات الحديثة والاتجاهات الفكرية والإيديولوجية. فالى جانب المرافق التقليدية المذكورة ظهرت مرافق أخرى كمرفق التأمين والمؤسسات التجارية

(1) لتفصيل أكثر راجع: الدكتور عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1983، ص42

(2) اعتبرت المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) في قرار صدر بتاريخ 1984/01/07 سحب عملة من التداول من قبيل أعمال السيادة ولا تملك المحكمة العليا الإختصاص بالنظر في مشروعيته.

- أنظر المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الرابع، 1989، ص211.

(3) راجع بهذا الصدد مقال الأستاذ شيهوب مسعود، امتيازات الإدارة أمام القضاء، مجلة الفكر القانوني الصادرة عن اتحاد الحقوقيين الجزائريين، العدد الرابع نوفمبر 1978، ص34 وما بعدها.

(4) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص558.

والصناعية والمالية ومؤسسات الخدمات. وبدأ المد الإشتراكي يوسع من نطاق المؤسسات ومن مجال التدخل[1]. وأضحى مع هذا التوسع في نشاط الدولة، والتنوع في المؤسسات التابعة لها، من الصعوبة الإهتداء إلى معيار فاصل قاطع بين القانون العام والقانون الخاص. ورغم ما يكتنف عملية التمييز من صعوبة، إلا أن ذلك لا يمنعنا من عرض وجهة نظر الفقه في الموضوع مع إبداء رأينا الخاص.

1 ـ **معيار درجة الإلزام (قوة القاعدة):** ذهب جانب من الفقه إلى القول أن مجال التمييز بين القانون العام والقانون الخاص يكمن في درجة إلزام القاعدة وقوتها القانونية. فالقانون العام وفق نظرتهم يتكون من مجموعة قواعد آمرة، أما القانون الخاص فهو القانون الذي تسود فيه إرادة الأفراد[2].

ولا يصلح هذا المعيار أداة للتمييز بين القانون العام والخاص ذلك أن القانون الخاص يتضمن هو الآخر قواعد آمرة، فلأسباب موضوعية يلزم المشرع الأفراد باتباع قواعد قانونية محددة ولا يفسح أمامهم مجالا لمخالفتها، بل ويرتب على المخالفة آثارا قانونية. فالقاعدة التي تحدد سن الرشد في القانون المدني[3] هي قاعدة امرة إذ حدد المشرع بموجبها سنا لا ينبغي النزول عنها حتى يصبح الشخص أهلا لمباشرة الحقوق المدنية، والقاعدة التي توجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا[4] هي قاعدة آمرة، وكثيرا من القواعد الآمرة ما نجدها في قانون الأسرة والقانون التجاري والبحري وغيره.

2 ـ **معيار طبيعة القاعدة:** ذهب جانب آخر في الفقه إلى أن أداة التمييز بين القانون الخاص والقانون العام تكمن في أن قواعد القانون العام لا تكترث بالمسائل المالية أو العلاقات ذات الطابع المالي خلافا لقواعد القانون الخاص إذ تهتم بهذا النوع من العلاقات[5]. وهذا المعيار إن كان يصلح لتفسير بعض القواعد القانونية إلا أنه يعجز على أن يكون معيارا دقيقا فاصلا بين القانون العام والقانون الخاص،

(1) لتفصيل أكثر راجع الدكتور حماه محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، نظرية المرافق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص37 وما بعدها.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص560.

(3) أنظر المادة 40 من القانون المدني.

(4) أنظر المادة 418 من القانون المدني.

(5) [illegible] سمير تناغو، [illegible] ص560.

بدليل أن قواعد القانون العام قد تتضمن مسائل مالية كالقواعد المتعلقة بالضرائب على اختلاف أنواعها والرسوم. فالدولة حين تفرض ضريبة أو رسما تفرضها من موقع سيادي ومما لاشك فيه أن هذه القواعد هي من القانون العام. وبالجانب المقابل قد تتضمن قواعد القانون الخاص مسائل وأحكام غير مالية أي شخصية، كالقواعد التي تحدد بدء الشخصية القانونية[1] وأحكام الغائب والمفقود[2] وأحكام كثيرة في قانون الأسرة وفي القانون المدني.

3 ـ **معيار هدف القاعدة (معيار المصلحة):** فضل بعض الفقهاء النظر إلى عامل المصلحة كأداة للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص. إذ يرى الفقيه «أولبيان» أن القانون العام هو ذلك الذي تسود فيه المصلحة العامة والقانون الخاص هو ذلك الذي تسود فيه المصلحة الخاصة للأفراد[3].

ويمكن توجيه سهام النقد لهذا المعيار من زاويتين.

أ ـ إن قواعد القانون الخاص لا يمكن تجريدها من صفة المصلحة العامة. فالقواعد التي تنظم أحكام البيع أو الإيجار مثلا هي قواعد من القانون الخاص، لكن لا أحد يشك أن الهدف من وراء إقرارها هو تحقيق المصلحة العامة. فحين تستقر المعاملات المدنية فيما بين الأفراد وتخضع لنظام وتشريع واحد نضمن حدا أدنى من الإستقرار الاجتماعي. وحين يسن المشرع قواعد لتنظيم الروابط والعلاقات على مستوى الأسرة الواحدة فان هذه القواعد هي من القانون الخاص، الهدف منها تحقيق المصلحة العامة لأن استقرار الأسرة يؤدي إلى استقرار المجتمع.

ب ـ إن عبارة المصلحة العامة عبارة مرنة مطلقة فضفاضة وأن التمييز والفصل بينها وبين المصلحة الخاصة أمر تحيط به صعابا جمة. فالتداخل بين المصلحتين كثيرا ما يلازم القواعد القانونية.

4 ـ **معيار السلطة العامة:** أمام سقوط المعايير السابقة على أن تكون أداة فصل بين قواعد القانون العام والخاص، ركز جانب كبير من الفقهاء على معيار

(1) أنظر على سبيل المثال المادة 25 من القانون المدني.

(2) أنظر على سبيل المثال المادة 109 وما بعدها من قانون الأسرة.

(3) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص553.

السلطة العامة. فالقانون العام وفق وجهة نظرهم ينظم تكوين السلطات العامة في الدولة والعلاقات فيما بينها، كما ينظم العلاقات بين هذه السلطات وبين الأفراد. أما القانون الخاص فهو القانون الذي يحكم العلاقات بين الأفراد العاديين أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص"[1].

ويترتب على القول هذا نتيجة في غاية من الأهمية وهي أنه ليس كل علاقة تكون السلطة العامة أحد أطرافها هي علاقة يحكمها القانون العام، بل ينبغي حتى يكون الأمر كذلك أن تدخل السلطة العامة في العلاقة بصفتها صاحبة السيادة، وتفريعا على ذلك تستطيع الدولة أو الولاية أو البلدية أن تتعاقد مع أحد الأفراد تحت عنوان السلطة العامة وبوصفها السيادي فتحكم هذه العلاقة قواعد القانون العام، كأن تتعاقد الولاية مثلا مع أحد المقاولين على إنشاء طريق عام، فان هذا العقد يخضع لقواعد القانون العام ويتيح للإدارة استعمال أدوات القانون العام، كما تستطيع الدولة آو الولاية أو البلدية أن تتعاقد بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص كأن تمارس نشاطا تجاريا أو صناعيا فتحدث مؤسسة إنتاج أو توزيع أو أن تكون للدولة مجموعة مساكن ومحلات فتقوم بتأجيرها أو بيعها للأفراد فان هذه العلاقة تخضع للقانون الخاص، أو كأن يوصي شخص للدولة فان هذه الوصية تخضع للقانون الخاص.

فالقانون العام يبدأ حين تتعامل الدولة مع الأفراد باستعمال امتيازات السلطة العامة فيلزم هؤلاء بالخضوع إليها ويسلموا لها بالمرتبة العليا بما تعود عليهم هذه المرتبة من التزامات وتكاليف. فالعلاقة التي ينظمها القانون العام على النحو الذي وصفناه، علاقة لا يحكمها مبدأ المساواة بين أطراف العلاقة وهو ما لا نجده في روابط القانون الخاص التي لا تعير تمييزا بين أطراف العلاقة وتجعلهم في مرتبة واحدة.

لذلك قيل أن القانون العام هو قانون السيطرة والخضوع وأن القانون الخاص هو قانون المساواة والتوازن[2]، ويعتبر معيار السلطة العامة المعيار الراجح فتها كأداة للتمييز بين القانون العام والخاص وذلك بالنظر لوجهاته ودقته.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع نفسه، ص502

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص564.

المطلب الثاني: القانون العام وفروعه

يقصد بالقانون العام مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها شخصا معنويا وصاحبة السمو والسيادة، والدولة بالوصف والوجه السيادي نراها أحيانا تمارس نشاطا داخليا فيخضع للقواعد الداخلية ونشاطا خارجيا مع دول أخرى أو منظمات دولية فيخضع لنصوص دولية. لذا قسم القانون العام إلى قانون عام داخلي وآخر خارجي.

القانون العام الداخلي

ويقصد به مجموعة القواعد التي تكون الدولة طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة، وأن هذه القواعد تتعلق بتنظيم مسألة داخلية، ذلك أن تسيير وتنظيم السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية داخل المجتمع يحتاج إلى نصوص وقواعد، كما أن إقرار الحقوق والحريات العامة يتم بقواعد، وفرض الضرائب والرسوم يتم بقواعد، وتجريم الأفعال ووضع عقوبات لها يحتاج إلى قواعد، وكذلك الحال بالنسبة للجوانب الإجرائية المقررة لتجسيد قواعد قانون العقوبات. من أجل ذلك قسم القانون العام الداخلي إلى فروع.

فروع القانون العام الداخلي:

ويتمثل في القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون الجنائي والقانون المالي، وحتى يستوعب الطالب هذه الفروع رأينا من الضروري التركيز على أهمية كل فروع وتعريفه وموضوعاته لتسهيل عملية الفصل والتمييز بين فروع القانون الداخلي المختلفة.

أولا- القانون الدستوري:

القانون الدستوري هو مجموعة من القواعد الملزمة التي تنظم شكل الدولة وسلطتها وهيئاتها العامة وعلاقة كل منها بالآخر وبالمحكومين، كما يبين الحقوق والحريات العامة[1] ويتضمن الدستور ما يلي:

---

(1) يطلق على هذا التعريف المفهوم الموضوعي للقانون الدستوري، راجع الدكتور سعيد بوشعير، القانون الدستوري، والنظم الدستورية المقارنة، الجزائر، طبع مشترك، المؤسسة الوطنية للكتاب وديوان المطبوعات الجامعية، 1989، ص126 وما بعدها.

- حرية الإعلام (المادة 19).
- الحق النقابي (المادة 20).
- الحق في الإضراب (المادة 20).
- المساهمة في التسيير (المادة 20).

وما يلاحظ أن هذا الدستور لم يستعمل الألفاظ المعروفة في الفقه الدستوري والدساتير المقارنة كلفظ السلطة أو الوظيفة الا حين تعلق الأمر بالسلطة التنفيذية وقد خص الدستور السلطة التشريعية بـ12 مادة من 27 إلى 38 والسلطة التنفيذية بـ21 مادة من 39 إلى 59. وقطاع العدالة بـ3 مواد من 60 إلى 62. وأفراد مجموعة نصوص للمجالس المتخصصة.

- المجلس الدستوري (م63، 64)
- المجلس الأعلى للقضاء (م65، 66)
- المجلس الأعلى للدفاع (م67، 68)
- المجلس الأعلى الإقتصادي والإجتماعي (م69، 70)

2- دستور 1976[1]: إحتوى دستور 1976 على 199 مادة.

الباب الأول: المبادىء الأساسية لتنظيم المجتمع الجزائري وفيه تم تحديد ما يلي:

- الطابع الجمهوري للدولة (المادة 1) الإتجاه الإشتراكي (المادة 1). الإسلام دين الدولة (المادة 2)، اللغة العربية هي اللغة الرسمية (المادة 3). عاصمة الدولة (المادة 4) السيادة ملك للشعب (المادة 5)

ولم يكتف المؤسس الدستوري بالتركيز على الإتجاه الإشتراكي في مقدمة الدستور، وفي المادة الأولى منه، بل خصص له إلى جانب ذلك فصلا بأكمله (المواد من 10 إلى 24 منه). وقد تكرر هذا الإتجاه في مواد كثيرة.

---

(1)- عدد الناخبين المسجلين 8.076.834
- عدد الناخبين: 7.504.696 - عدد الأصوات المعبر عنها: 7.479.689
- النتائج المحصل عليها في التراب الوطني والخارج: نعم: 7.4.7.626 . لا: 67.683.
- أنظر الجريدة الرسمية رقم 94، بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

الحقوق والحريات هي:

- المساواة أمام القانون(المادة 43) المساواة في تولي الوظائف العامة (المادة 44) شرعية التجريم والعقاب (المادة 46) في التعويض عن الأخطاء القضائية(المادة47) سرية المراسلات (المادة 49)، حرمة المسكن (المادة 50)، المتابعة والقبض ينبغي أن يتم في إطار القانون (المادة 51.52) حرية المعتقد (المادة 53)، حرية الإبتكار (المادة 54)، حرية التعبير (المادة 55)، حق إنشاء الجمعيات (المادة 56)، حق التنقل (المادة 57)، حق الانتخاب (المادة 58)، حق العمل (المادة 59)، الحق النقابي (المادة 60)، الحق في الأمن والحماية الصحية أثناء العمل (المادة 62)، الحق في الراحة (المادة 63)، الحق في التعليم (المادة 66) الحق في الرعاية الصحية (المادة 67).

ولقد كان دستور 1976 أكثر دقة عن سابقه على الأقل من حيث اعتماد لفظ الوظيفة[1] وتوحيده بالنسبة للوظائف الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية، الوظيفة التنفيذية ونظم المؤسس الدستوري قواعدها بموجب 22 مادة من المادة 104 إلى 125. الوظيفة التشريعية وخصص لها المؤسس الدستوري 38 مادة من المادة 126 إلى 163. الوظيفة القضائية ونظمت بـ 19 مادة من المادة 164 إلى 182. والى جانب الوظائف التقليدية ذكر الدستور وظائف أخرى كالوظيفة السياسية (من المادة 94 إلى 103) وظيفة المراقبة (من المادة 183 إلى 190)

3- دستور 1989[2]: وقد احتوى على 167 مادة وما يمكن ملاحظته ابتداء أن هذا الدستور مقارنة بسابقه أفرغ من الجانب الايديولوجي[3] وهذا

---

(1) إقتضت طبيعة المرحلة ونظام وحدة السلطة استعمال هذا اللفظ ذلك أنه لا يتصور أن تستقل السلطة التشريعية أو السلطة القضائية في ظل دستور برنامج ألزمت نصوصه كل من عضو البرلمان بالدفاع عن الثورة الإشتراكية (م127) وكذلك القاضي (م173).

(2) - عدد الناخبين المسجلين 13,170,137
- عدد الناخبين: 10.401.548 - الأوراق الملغاة: 473.110 - الأصوات المعبر عنها: 9.928.438
- النتائج المحصل عليها في الداخل والخارج: نعم: 7,190,760 . لا: 2,637,678.
- أنظر الجريدة الرسمية رقم 9، أول مارس 1989 .

(3) لمعرفة مصادر دستور 1989 راجع خاصة الدكتور سعيد أبو شعير، النظام السياسي الجزائري، عين طاية، الجزائر، دار الهدى 1990، ص192 وما بعدها.

ما يتضح من خلال مقدمته أو نصوص مواده وجاء هذا الدستور مؤكدا على كثير من المبادىء المشار إليها سابقا منها:

ـ الطابع الجمهوري (المادة 1) الإسلام دين الدولة(المادة 2)، اللغة العربية هي اللغة الرسمي (المادة 3)، عاصمة الدولة (المادة 4)، السيادة ملك لشعب (المادة 6).

الحقوق والحريات منها: المساواة أمام القانون (المادة 28)، الحق في الجنسية (المادة 29)، حق الدفاع (المادة 32) حرمة الإنسان (المادة 33)، حرية المعتقد (المادة 35)، حرية الرأي (المادة 35)، حرية الإبتكار (المادة 36)، سرية المراسلات (المادة 37)، حرمة المسكن (المادة 38)، حرية التعبير (المادة 39)، حرية الإجتماع (المادة 39)، حق إنشاء الجمعيات السياسية (المادة 40)، حرية التنقل (المادة 41)، حق التعويض على الخطأ القضائي(المادة 46)، حق الانتخاب (المادة 47)، الحق في الملكية (المادة 49)، حق الإرث (المادة 49)، الحق في التعليم (المادة 50)، الرعاية الصحية (المادة 51)، حق العمل (المادة 52)، حق الراحة (المادة 52)،الحق النقابي (المادة 53)، الحق في الإضراب (المادة 54). وجاء دستور 1989 أكثر تنظيما عن الدستورين السابقين حيث اعتمد لفظ السلطة ومدها للسلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية، وزوّد السلطة التشريعية بأدوات جديدة للرقابة لعل أبرزها ضرورة تقديم برنامج الحكومة أمام المجلس الشعبي الوطني لمناقشته[1] ورتب على عدم قبول البرنامج حل الحكومة[2] كما مكن المجلس من إيداع ملتمس رقابة. وفي مجال السلطة القضائية إعترف المؤسس الدستوري للقضاء باستقلاليته وذلك بموجب المادة 129، ولم يلزم القاضي كسابقه (1976) بالتزامات ذات طابع إيديولوجي، وعن الجديد في مجال الحقوق نذكر خاصة إعتراف الدستور للأفراد بحق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي وذلك بموجب المادة 40 منه، كما اعترف لهم بحق الإضراب في القطاع العام وذلك بموجب المادة 54.

---

(1) أنظر المادة 76 من دستور 1989.

(2) أنظر المادة 77.

ولعل أبرز إنجاز في مجال الرقابة هو إحداث المجلس الدستوري[1] إذ عهد إليه أمر الدفاع عن المبادىء الدستورية وخول له الدستور صراحة ممارسة الرقابة على دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات وذلك برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية[2] كما يمارس المجلس دورا في مجال الانتخابات الرئاسية والتشريعية وفي مجال الاستفتاء[3].

دستور 1996: واحتوى على 182 مادة على ثلاث أبواب.

الباب الأول: وتكفل بتحديد المبادىء العامة التي تحكم المجتمع الجزائري ومن المبادىء التي تم التأكيد عليها هي:

ـ الطابع الجمهوري والموحد للدولة(المادة1) الإسلام دين الدولة(المادة 2)، اللغة العربية هي اللغة الرسمية(المادة3) الجزائر عاصمة الدولة(المادة 4)، العلم والنشيد (المادة 5).

واعترف المؤسس الدستوري على غرار الدساتير السابقة للشعب بالسلطة التأسيسية (المادة 7) وبحق اختيار المؤسسات وممثليه المنتخبين (المادة 8، 9، 10).

وفي الفصل الثالث تم التأكيد على شعار الدولة من الشعب إلى الشعب (المادة 11) وحق الدولة في ممارسة السيادة على اقليمها (المادة 12) ودعمها لمبادئ

---

(1) أنظر في شكلية المجلس الدستوري المادة 154 في دستور 1989، ولمعرفة معلومات أكثر معن هذه المؤسسة أنظر: د/ سعيد أبو شعير، المرجع السابق، ص405 وما بعدها. د/ بوزيد لزهاري، الرقابة على دستورية القوانين في التجربة الدستورية الجزائرية، مجلة جامعة قسنطينة للعلوم الإنسانية، العدد 3، 1992، ص39 وما بعدها.

ـ جبار عبد المجيدو تأملات حول قرار المجلس الدستوري فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، رقم 1، 1996، ص166 وما بعدها. وجدير بالملاحظة أنه رغم عدم النص على إنشاء هيئة تمارس الرقابة على دستورية القوانين، الا أن القضاء العادي لعب دورا أساسيا في بعض الأنظمة في سد هذه الثغرة والمحافظة على القواعد الدستورية. أنظر على سبيل المثال ما حدث في تونس قرار محكمة الإستئناف بسوسة الصادر في 11 أفريل 1988 والتعليق على هذا القرار للأستاذ رافع عاشور، مراقبة دستورية القوانين في ضوء القارا الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة، المجلة القانونية التونسية، الصادر عن كلية الحقوق، جامعة تونس، 1989، ص11 وما بعدها.

(2) أنظر المادة 155 من الدستور.

(3) أنظر المادة 153 من الدستور.

بها[1] وإذا اعتمدنا هذا المفهوم من جانبه الوصفي أو التنظيمي نصل إلى نتيجة أن القانون الإداري موجود في كل المجتمعات وفي كل دولة متمدينة لها جهازها الإداري، إذ ينبغي أن تخضع الإدارة لقواعد معينة سواء في تنظيمها أو نشاطها أو وسائلها أو منازعتها.

غير أنه وفي بعض النظم كالنظام الإنجليزي تخضع الإدارة في نشاطها لذات القواعد القانونية التي تحكم نشاط الأفراد أو الهيئات الخاصة، أي أن الإدارة العامة تخضع لقواعد القانون الخاص كما يختص القاضي العادي بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذا النشاط، ومن ثم فان مجموع القواعد التي تخضع لها الإدارة العامة تدخل تحت طي المفهوم الواسع.

المفهوم الضيق: يقصد بالقانون الإداري بالمفهوم الضيق مجموعة القواعد القانونية المتميزة أو المختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم الإدارة العامة من حيث تنظيمها ومن حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات.

فالقانون الإداري بالمعنى الضيق هو القانون الإداري بالمعنى الفني وليس مجرد تسمية للقواعد التي تخضع لها الإدارة العامة، وإنما ينبغي أن تتميز هذه القواعد بطابع خاص غير معهود ومألوف على مستوى العلاقات فيما بين أشخاص القانون الخاص، وذلك اعتبارا لما يجب أن تحظى به الإدارة من قواعد قانونية تتماشى مع طبيعتها ومع وظائفها ومقاصدها التي تتلخص في تحقيق المصلحة العامة مما يوجب عدم معاملتها واخضاعها لما يخضع له الأفراد[2].

وإذا كانت الإدارة تخضع في نشاطها لقواعد متميزة غير معروفة على مستوى روابط القانون الخاص، فان هذه القاعدة ليست مطلقة أي أن الإدارة لا تخضع في كل معاملة أو نشاط لقواعد القانون العام، بل تخضع أحيانا لقواعد القانون الخاص كما لو نزلت إلى مرتبة الأفراد وأصبحت تمارس نشاط البيع أو الشراء أو أجرت مجموعات سكنية وغيرها من المعاملات كثير.

وتبعا للتحليل الذي قدمناه فان القانون الإداري بالمفهوم الدقيق، وإن كان قد لقي استجابة وقابلية لدى غالبية الفقهاء، إلا أن جناحا في الفقه خاصة في انجلترا لم يسلم بنكرة القواعد المتميزة بل واعتبرها خطرا على الحريات العامة فهذا الفقه

(1) الدكتور محمود عاطف البنا،، الوسيط في القانون الرداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1984، ص41.

(2) الدكتور توفيق بوعشبة، المرجع نفسه، ص9.

الإنجليزي "Dicey" اعتبر القانون الإداري الفرنسي خطيرا على الحريات الفردية وأنه تعبير لرواسب النظام السابق وأن البلاد الإنجليزية لا ترغب في أن يكون لها مثل ذلك الصنف من القواعد القانونية وأنها لا تقبل ما يسمى بالقانون الإداري[1].

ولقد تأثرت بهذا الإتجاه الولايات المتحدة وأستراليا ونيوزيلندة كما تأثرت به بلدان من العالم الثالث كالباكستان والهند. فالقانون الإداري في هذه البلدان وغيرها لا يعدو أن يكون مجموعة قواعد تنطبق على الإدارة العامة دون أن تكون هذه القواعد مغايرة للقانون العادي.

خصائص القانون الإداري: ينفرد القانون الإداري ببعض الخصائص التي تميزه عن فروع القانون الأخرى فهو فضلا عن كونه حديث النشأة هو قانون غير مقنن ويتميز بالطابع القضائي، نوجز هذه الخصائص فيما يلي:

1ـ **القانون الإداري قانون حديث النشأة**: إن القانون الإداري خاصة إذا ما أخذناه بالمفهوم الفني هو قانون حديث النشأة وذلك مقارنة بفروع القانون الأخرى كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الجنائي. ففي فرنسا التي تمثل الموطن الأم لهذا الفرع لم يظهر القانون الإداري فيها إلا في أواخر القرن 18 ولم يتماسك بنيانه إلا خلال القرن 19 ثم خلال القرن 20 وانتقل إلى دول كثيرأخرى منها الجزائر.

2ـ **القانون الإداري قانون غير مقنن**: يقصد بالتقنين تجميع رسمي لأهم المبادىء القانونية بخصوص مسألة معينة في منظومة تشريعية كأن نقول التقنين المدني والتقنين التجاري. فالتقنين على هذا النحو عملية تشريعية تتمثل في إصدار تشريع يضم المبادىء والقواعد التي تحكم فرعا معينا، ويظهر التقنين نتيجة جهود فقهية وقضائية وتشريعية وتضافر جهود هيئات كثيرة، كما يأخذ ظهوره زمنا غير قصير، وكلما تضافرت الجهود من أجل صياغة تقنين معين كلما ظهر التشريع في صورة يخلو من الأخطاء والثغرات القانونية. ولا شك أن تقنين القاعدة وتبيان ألفاظها وحصر معانيها يؤدي إلى وضوحها فيسهل على القاضي والإداري معرفة مقصد المشرع ونيته من خلال ما أقره من قواعد مقننة، ومن ثم يسهل أيضا الإلمام بها وتطبيقها.

(1) الدكتور توفيق بوعشبة، المرجع السابق، ص10.

1- قانون العقوبات [illegible] **اهميته،** إذا كانت أهمية القانون الدستوري تكمن كما رأينا في إحداث نوع من التعايش بين ممارسة السلطة من جهة والتمتع بالحقوق والحريات من جهة أخرى. وإذا كانت أهمية القانون الإداري تكمن في أن السلطة التنفيذية بما لها من هياكل متشعبة تحتاج إلى قواعد تنظم نشاطها وأن هذه القواعد يحددها القانون الإداري. فان أهمية قانون العقوبات تكمن في أن المجتمع حتى يسوده قدرا من الإستقرار الإجتماعي والأمن العام ينبغي أن يجرم المشرع فيه جملة من الأفعال التي تلحق ضررا بالفرد أو بالجماعة فتمس النفس أو المال أو العرض وغيرها من الأفعال الضارة حتى يأمن الناس على أنفسهم وأموالهم وأعراضهم وحتى تطال يد العقاب كل من سولت له نفسه المساس بهذه المسائل وغيرها.

إن كل فرع من فروع القانون العام أو الخاص يقوم بتنظيم مصالح معينة ويضفي عليها حماية،غير أن هذه الحماية قد لا تكون كافية لضمان المصلحة لذلك يتدخل المشرع الجنائي ويوسع من دائرة الحماية بواسطة الجزاء الجنائي[1]، نبين ذلك في التطبيقات العملية التالية[2]:

أ- قانون العقوبات يكفل حماية القواعد الدستورية : كفلت القاعدة الدستورية لكل مواطن حق الانتخاب[3] دون أن تحدد جزءا يترتب على مخالفة هذا النص. وهذا أمر طبيعي ذلك من غير المعقول أن تتضمن الوثيقة الدستورية أحكاما جزائية، والجزاء حددته المادة 102 وما بعدها من قانون العقوبات. وكفلت القاعدة الدستورية حرمة المسكن[4] دون أن تحدد العقوبة المترتبة في حالة المخالفة، وعاد لنصوص قانون العقوبات هذا التحديد والتجريم[5]، وإلى جانب ذلك اعترفت القاعدة الدستورية لبعض الطوائف

(1) الدكتور بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، شرعية التجريم، باتنة، مطبعة عمار قرفي، 1992، ص11.

(2) ما سنذكره من تطبيقات هو على سبيل المثال لا الحصر.

(3) أنظر المادة 50 من دستور 96

(4) أنظر المادة 40 من دستور 96

(5) أنظر المادة 135 وما بعدها من قانون العقوبات

بحصانة قضائية[1] وتوجت نصوص قانون العقوبات هذه القاعدة بجزاء يوقع عند المخالفة[2]. وإذا كانت القاعدة الدستورية قد بينت صلاحيات كل من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، فان قانون العقوبات وضع إجراءات في حالة التعدي أو التجاوز[3].

ب- قانون العقوبات يكفل حماية النصوص الإدارية: ألزم المشرع الموظفين بواجب السر المهني[4] فان أخلَّ الموظف بذلك كان عرضة لجزاء حددته نصوص قانون العقوبات[5] إعتبارا لخطورة الفعل وتجاوز آثاره وحدوده شخص الضحية.

جـ- قانون العقوبات يكفل حماية نصوص القانون المدني: إذا كانت نصوص القانون المدني تكفلت بتنظيم قواعد الملكية، فانها تعجز في بعض الحالات والمواضيع على معالجة أوضاع معينة كأن يتم الإعتداء على الملكية بالسرقة، هنا يتدخل قانون العقوبات كي يضع هذا الفعل تحت طائلة التجريم ويحدد له عقوبة معينة[6].

د- قانون العقوبات يكفل حماية قواعد القانون التجاري: ألزمت قواعد القانون التجاري التاجر بالوفاء بالتزاماته ومراعاته لدعامة الثقة والإئتمان التي تسود البئة التجارية فإن أخلَّ بواجبه وبلغ التجاوز حدا من الخطورة والجسامة تدخلت نصوص قانون العقوبات لتعالج هذا الوضع ولتفرض تطبيق عقوبة معينة[7].

(1) أنظر المادة 109 من دستور 96

(2) أنظر المادة 111 من قانون العقوبات.

(3) أنظر المادة 116 من قانون العقوبات وما بعدها.

(4) أنظر على سبيل المثال المادة 16 من الأمر رقم 133/66 الصادر في 2 جوان 1966 والمتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة.

(5) أنظر المادة 301 وما بعدها من قانون العقوبات.

(6) أنظر على سبيل المثال المادة 386 من قانون العقوبات.

(7) أنظر المادة 383 و384 من قانون العقوبات.

تعريف قانون العقوبات:

هو مجموعة من القواعد التي تسنها الدولة لتبين ما يعد جريمة وما يفرض لها من عقوبة[1]. وقد صدر في الجزائر بموجب الأمر رقم 156/66 الصادر في 8 جوان 1966 المعدل والمتمم وتضمن 468 مادة، و قسم المشرع بموجبه الأفعال الجرمية إلى جنايات وجنح ومخالفات وذلك بالنظر للعقوبة المقررة لها. وقسم العقوبات بدورها إلى عقوبات أصلية وعقوبات تبعية وعقوبات تكميلية نوجز صورها فيما يلي:

العقوبات الأصلية في مواد الجنايات: وجاء تحديدها واضحا صريحا في المادة الخامسة من قانون العقوبات وهي: الإعدام، السجن المؤبد، السجن المؤقت لمدة تتراوح بين خمس سنوات وعشرين سنة.

العقوبات الأصلية في مادة الجنح هي:

1 ـ الحبس لمدة تتجاوز شهرين إلى خمس سنوات (ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى)

2 ـ الغرامة التي تتجاوز 2000د.ج.

العقوبات الأصلية في مادة المخالفات هي:

1 ـ الحبس من يوم واحد على الأقل إلى شهرين على الأكثر.

2 ـ الغرامة من 20 إلى 2000د.ج.

أما العقوبات التبعية فهي لا تتعلق بعقوبة الجناية وقد عددت المادة 6 وما بعدها صورها، منها الحجز القانوني والحرمان من الحقوق الوطنية، بينما العقوبات التكميلية هي في حقيقتها عقوبة نوعية أي أنه يراعى فيها طبيعة الجريمة المرتكبة[2]. وقد حددت المادة 9 وما بعدها صورها منها الإعتقال وتحديد الإقامة والمنع من الإقامة والمصادرة الجزئية وحل الشخص الإعتباري[3].

---

(1) الدكتور إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، دون تاريخ، ص9

(2) الدكتور إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص235

(3) لمعرفة كل نوع من هذه العقوبات أنظر المواد من 10 الى 18 من قانون العقوبات.

وعرف قانون العقوبات التعديلات التالية:

- الأمر رقم 69 - 74 المؤرخ في 16 ديسمبر 1969
- الأمر رقم 73 - 48 المؤرخ في 25 جويلية 1973
- الأمر رقم 75 - 47 المؤرخ في 17 جوان 1975
- القانون رقم 78 - 03 المؤرخ في 11 فيفري 1978
- القانون رقم 82 - 04 المؤرخ في 13 فيفري 1982
- القانون رقم 88 - 26 المؤرخ في 12 جويلية 1988
- القانون رقم 89 - 05 المؤرخ في 25 أفريل 1989
- القانون رقم 90 - 15 المؤرخ في 14 جويلية 1990
- الأمر رقم 95 - 11 المؤرخ في 25 فيفري 1995

الطبيعة القانونية لقواعد قانون العقوبات:

لما كانت قواعد العقوبات ترعى مصالح الأفراد ومصلحة المجتمع أيضا، اختلف الفقه بخصوص تحديد طبيعتها القانونية، فرأى البعض أن قانون العقوبات فرع من فروع القانون الخاص على أساس أنه يتضمن نصوصا كثيرة تحمي المصلحة الخاصة ولا يهتم بمصلحة الدولة أو المجتمع إلا استثناءا[1] وقيل أيضا أن قانون العقوبات من فروع القانون المختلط لاحتوائه على قواعد تحمي مصلحة الفرد والدولة[2].

والراجح فقهيا أن قانون العقوبات يعد فرعا من فروع القانون العام، لأن القانون هو الذي يبين الجرائم وهو الذي يفرض عقوبات محددة لها. ثم أن الجريمة حين تقع على الشخص وتمس بمصالحه فانما تعتبر في الوقت ذاته اعتداءا على الجماعة ومساسا بأمنها وطمأنينة أفرادها. فحين يجرأ القاتل على القتل أو السارق على السرقة، فانه بفعله هذا لا يمس بنفس المقتول أو مال المسروق، وإنما يمس مصلحة المجتمع، والدليل على ذلك أن يد العقاب تلحق بالجاني ولو عفى عنه المجني عليه، كما وأن النيابة العامة نجدها طرفا ممثلا امام الجهات القضائية واليها يعود أمر النطق باسم المجتمع والدفاع عن مصالحه[3] حتى ولو كان في الأصل والظاهر أن المصلحة التي تم المساس بها هي مصلحة فرد معين.

---

(1) الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص54.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص572.

(3) أنظر المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية.

- الأمر رقم 81 - 01 المؤرخ في 21 فبراير 1981
- القانون رقم 81 - 04 المؤرخ في 25 أبريل 1981
- القانون رقم 82 - 03 المؤرخ في 13 فبراير 1982
- القانون رقم 85 - 02 المؤرخ في 26 يناير 1985
- القانون رقم 86 - 05 المؤرخ في 4 مارس 1986
- القانون رقم 89 - 06 المؤرخ في 25 إبريل 1989
- القانون رقم 90 - 24 المؤرخ في 18 أوت 1990
- المرسوم التشريعي رقم 93 - 06 المؤرخ في 19 إبريل 1993
- المرسوم التشريعي رقم 93 - 14 المؤرخ في 4 ديسمبر 1993
- الأمر رقم 95 - 10 المؤرخ في 25 فبراير 1995

رابعا- القانون المالي:

تعريفه وأهميته : ويقصد به مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث تحديد وجوه المصروفات المختلفة وبيان مصادر الإيرادات (رسوم وضرائب وغيرها) وكيفية تحصيلها وإعداد الميزانية وتنفيذها وأسس الرقابة على هذا التنفيذ[1].

وتبدو الحكمة في اعتبار القانون المالي من فروع القانون العام أن الدولة حين تفرض ضريبة مباشرة أو غير مباشرة أو تفرض رسما نتيجة الإنتفاع بخدمة ما، تكون طرفا في العلاقة بوصفها السيادي. فمن موقع علوها تفرض ما وجب فرضه دون أن تساوم الأفراد أو أن تقف معهم موقف المساواة فتسن من القوانين وترسم من الإجراءات ما يلزمهم بدفع المستحقات.

وترجع فائدة القانون المالي إلى أن الدولة والهيئات التابعة لها تحتاج حتى تمارس نشاطها وتشبع رغبات الأفراد إلى صرف نفقات عامة بهدف الحصول على سلعة أو خدمة. فالفرد إن كان يحتاج إلى أمن ودفاع وقضاء ويحتاج إلى طريق الإنتفاع من المرافق، فان هذه الخدمات وهذه الهياكل المختلفة عام ومدرسة ومصحة وغيرها من المرافق، فان هذه الخدمات وهذه الهياكل المختلفة والمصالح المتنوعة تحتاج بدورها إلى تمويل والوعاء المالي لا ينشأ من عدم بل يحتاج إلى مصادر.

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص28.

ولا شك أن ثقل مسؤولية الدولة وتنوع مهامها وتشعب وظائفها زاد من أهمية القانون المالي ودفع الباحثين والمختصين إلى ضرورة التفكير في طرق تحصيل الأموال لتمويل الخزينة العامة، وأصبحت المسائل المالية للدولة تحظى منذ سنوات باهتمام الأجهزة الرسمية للدولة خاصة بعد أن عرفت الجباية البترولية إنخفاضا محسوسا. ففي الجزائر تدحرج حاصلها من56 مليار دينار سنة 1992 إلى 24 مليار 1988[1]، وهو ما فرض على الدولة إعادة النظر في المنظومة القانونية التي تحكم الجانب المالي.

وتنحصر مصادر الإيرادات فيما يلي:

أ- إيرادات الدومين العام: أي ممتلكات الدولة سواء أكانت خاضعة للقانون العام أو الخاص وسواء كانت ناتجة عن بيع أو إيجار أو غيرها من التصرفات، ويدخل تحت هذا الباب الإيرادات الناتجة عن استخدام الشوارع العامة والمتاحف وعائدات المؤسسات العامة وغيرها.

ب- الضرائب: تساهم الضرائب سنويا في تمويل ميزانية الدولة بغلاف مالي معتبر ولها أهداف اجتماعية ومالية واقتصادية. وتنقسم إلى قسمين: ضرائب مباشرة وأخرى غير مباشرة.

الضرائب المباشرة[2]: وهي المبالغ المفروضة على المداخيل مهما كانت طبيعتها كالضرائب المفروضة على الموظفين والتجار والصناعيين وأصحاب المهن الحرة... فكل هذه الطوائف وغيرها تساهم في تمويل الخزينة العامة.

الضرائب غير المباشرة: وهي الضرائب المفروضة على الاستهلاك والتي يتحملها المستهلك وحده وتتشكل من حقوق التسجيل والطابع والضرائب على الأعمال.

جـ- الرسوم: وهي عبارة عن مورد مالي تحصل عليه الدولة ممن يكون في حاجة إلى خدمة تنفرد هي (الدولة) بأدائها[3]، ويشترك الرسم مع الضريبة كونه مبلغا من المال يدفع جبرا للدولة ويختلف عنها أنه يكون مقابل خدمة تؤديها الدولة لدافع الرسم.

(1) الأستاذ يلس شاوش بشير، تمويل الميزانية العامة للدولة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، الجزء 33 رقم 3، 1995، ص726.

(2) راجع على سبيل المثال نصوص الأمر 101/76 الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بقانون الضرائب.

(3) الدكتور حسين مصطفى حسين، المالية العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، دون تاريخ، ص39.

ولقد ألزم قانون المالية لسنة 1996 المنتفعين بدفع الرسوم في حالات معينة منها: استخراج رخصة الصيد واستخراج رخصة البناء والتأشيرة بالنسبة للأجانب ورسم الإمتحان بالنسبة لرخصة السياقة وغيرها.

وجدير بالملاحظة أن نصوص قانون المالية المختلفة، وقانون الضرائب المباشرة وغير المباشرة وقانون التسجيل والطابع كلها نصوص تتسم بالطابع الفني وتتصل بالعلوم المالية.

المسائل المالية في دستور 1996 : رجوعا للمادة 122 من دستور 1996 نجدها قد نصت على أن من صلاحيات البرلمان التصويت على ميزانية الدولة وإحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة، وأضافت المادة 123 منه أن قانون المالية يتم إصداره بموجب قانون عضوي وتتم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة. ويخضع هذا القانون لرقابة المجلس الدستوري. كما ألزم الدستور الحكومة بموجب نص المادة 160 منه بتقديم عرض لكل غرفة من البرلمان عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية، وأسندت القاعدة الدستورية لمجلس المحاسبة مهمة الرقابة البعيدة لأموال الدولة والجماعات الإقليمية والمرافق العمومية[1].

القانون الخارجي

القانون الدولي العام :

أهميته وتعريفه : إن الدولة بين جماعة الدول كالفرد بين باقي أبناء جنسه، فكما أن الإنسان اجتماعي بطبعه يحتاج إلى جهد غيره كذلك الدولة، فحتى تلبي حاجات أفرادها تضطر للدخول في علاقات تبادل وتعارف والقواعد التي يعود لها أمر تنظيم سلوك الدولة ونشاطها الخارجي مع غيرها من الدول ومع المنظمات الدولية هي قواعد القانون الدولي العام. وعليه يمكن تعريفه على أنه مجموعة من القواعد التي تحكم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة وسائر المنظمات المتفرعة عنها[2].

(1) أنظر المادة 170 من الدستور.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص574.

وترجع أهمية هذا القانون إلى أن التعاون بين الدول في المجالات السياسية والعلمية والفنية والاقتصادية وغيرها أضحى ضرورة ملحة بالنسبة لكل دولة[1]، ذلك أنه لا يتصور أن تترك الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى، والمنظمات الدولية بلا تنظيم أو ضوابط أو أحكام، وأن قواعد القانون الدولي العام هي التي تعمل على تنظيم علاقات منتظمة بين أعضاء المجتمع الدولي على أساس من الود وحسن التعامل، والغاية من هذا التنظيم هوستيلسيرالحياة للأفراد وضمان رفاهيتهم.

الصفة الإلزامية لقواعد القانون الدولي: حتى وقت قريب كانت قواعد القانون الدولي محل جدل كبير بشأن تحديد طبيعتها، فبينما يرى كثير من الفقهاء أنها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تلزم بها الدولة كما يلزم الفرد بالقانون الداخلي، شكك البعض في طبيعتها القانونية ذلك أنه ومن وجهة نظرهم ينبغي أن تجمع القاعدة القانونية بين شروط ثلاث: الأول وجود سلطة تشريعية تقوم بسنها، والثاني أن هذه القواعد تكتسي طابع الجزاء، والثالث وجود سلطة قضائية تتولى تطبيق هذه القواعد[2]، وتأسيسها على ذلك رأوا أن قواعد القانون الدولي لا تخرج عن كونها قواعد أخلاقية لا يترتب على مخالفتها أية مسؤولية من الناحية القانونية.وإذا نظرنا للواقع العملي لوجدنا أن قواعد القانون الدولي معترف بها من قبل حكومات الدول جميعا، وهذا ما نلاحظه في كثير من الدساتير، وما حملته التصريحات الرسمية لزعماء الدول وقادتها وما ظهر أيضا في المعاهدات الثنائية والاتفاقيات المشتركة.

أما بخصوص الجزاء فينبغي أن يأخذ شكلا غير معهود في نطاق القانون الداخلي، وذلك بالنظر للشخص المخاطب بالقاعدة كونه دولة أو منظمة دولية. وهذا الشكل بدوره يأخذ صورا متعددة فيظهر في صورة مبدأ المعاملة بالمثل أو تدخل الدول في إرغام الدولة المعتدية على الإلتزام بواجبها. وقد يظهر في صورة تدابير

(1) جدير بالملاحظة أن هناك اتجاه كلاسيكي في الفقه عرف القانون الدولي العام «أنه مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين الدول» أي أن الدولة حس بهذا الإتجاه هي الشخص القانوني الوحيد المخاطب بأحكام القانون الدولي العام. راجع: محمد محيي الدين، محاضرات في القانون الدولي العام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص1.

(2) الدكتور علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الإسكندرية، منشأة المعارف، دون تاريخ، ص70.

اقتصادية وعسكرية خولت للهيئات الدولية بهدف استعمالها في مواضع معينة[1].

ويتعين هنا التمييز بين قواعد القانون الدولي بالوصف الذي حددناه سابقا، وغيرها من القواعد. فقواعد المجاملات الدولية مثلا باعتبارها قواعد سلوك اعتادت الدول على مراعاتها في بعض تصرفاتها توطيدا لحسن العلاقة بينها وبين بقية الدول، يخرج عن نطاق القانون الدولي العام، لأنه لا يترتب على مخالفتها أية مسؤولية دولية سوى المعاملة بالمثل، خلافا لقواعد القانون الدولي التي يترتب عن مخالفتها مسؤولية قانونية دولية[2]، وليس للقانون الدولي فائدة فقط في حالات [illegible] بل أي حالة الحرب أيضا، ولعل التساؤل يثور في البداية كيف يمكن الحديث عن [illegible] للحرب بما أن الحرب هي تحكيم [illegible] بدل القانون ومبادئ العدالة؟ ورغم التسليم بأن الحرب هي فعلا تحكيم للقوة [illegible] أن اللجوء إليها يحتاج إلى قواعد لكي لا يترك هذا الإجراء بما له من خطورة وآثار دون ضبط وتنظيم، وهذه القواعد تكفل القانون الدولي العام بتنظيمها.

***النصوص الدستورية ذات العلاقة بقواعد القانون الدولي العام*:** تضمن الدستور الجزائري لسنة 1996 بعض الأحكام ذات الصلة بالقانون الدولي العام إذ جاء في نص المادة 95 منه ما يلي: «*إذا وقع عدوان على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة. وفي حالة إقتران شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة*»[3].

---

(1) جاء في المادة 4 من ميثاق الأمم المتحدة ما يأتي: لمجلس الأمن أن يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير التي لا تتطلب استخدام القوات المسلحة لتنفيذ قراراته وله أن يطلب إلى أعضاء الأمم المتحدة تطبيق هذه التدابير ويجوز أن يكون من بينها وقف الصلات الإقتصادية والمواصلات الحديدية والبحرية والبرية والجوية والبرقية واللاسلكية وغيرها من وسائل المواصلات وقفا جزئيا أو كليا وقطع العلاقات الدبلوماسية. وجاء في المادة 12 منه :إذا رأى مجلس الأمن أن التدابير المنصوص عليها في المادة 41 لا تفي بالغرض أو ثبت أنها لم تف به جاز له أن يتخذ بطريق القوات الجوية والبحرية والبرية من الأعمال ما يلزم لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته الى نصابه.

(2) الدكتور علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص76.

(3) أنظر أيضا المادة 96 من الدستور.

واعترفت المادة 97 لرئيس الجمهورية بصلاحية توقيع اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم بعد أن يتلقى رأي المجلس الدستوري بصددها ويعرضها فورا على غرفتي البرلمان للموافقة عليها. واستعمل المؤسس الدستوري صراحة عبارة القانون الدولي وذلك في نص المادة 12 منه بقولها: «*تمارس سيادة الدولة على مجالها البري ومجالها الجوي وعلى مياهها كما تمارس الدولة حقها السيد الذي يقره القانون الدولي على كل منطقة من مختلف مناطق المجال البحري الذي يرجع إليها*».

وألزم الدستور الدولة بدعم مبادىء السلم في العالم واحترام مبدأ تقرير مصير الشعوب وبذل الجهد من أجل تسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية ودعم التعاون الدولي وتنمية العلاقة الودية بين الدول على أساس المساواة والمصلحة المتبادلة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية.

وأعلن الدستور بصريح العبارة عن تبنيه لمبادئ ميثاق الأمم المتحدة والأهداف التي رسمها[1].

المطلب الثالث: القانون الخاص وفروعه

يقصد بالقانون الخاص مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات فيما بين الأفراد أو بين هؤلاء والدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون الخاص، ومن فروعه البارزة: القانون المدني والقانون التجاري والقانون البحري وقانون العمل والقانون الدولي الخاص والقانون الجوي وقانون الإجراءات المدنية. وعلى نفس النسق رأينا أنه من الفائدة التعريف بكل فرع من فروع القانون الخاص وبيان أهميته وموضوعاته.

أولا - القانون المدني:

أهميته وتطوره: وهو من أهم فروع القانون الخاص على الإطلاق وأكثرها تنظيما وتفصيلا واستيعابا للقواعد القانونية. ويعد بمثابة الشريعة العامة والقانون الأم لمجموع فروع القانون الخاص، بل إن فضله يمتد أحيانا للقانون العام[2].

---

(1) أنظر المواد: 27، 28، 29 من الدستور.

(2) أشارت نصوص القانون المدني الجزائري لبعض المسائل ذات العلاقة بالقانون العام منها فكرة الشخصية المعنوية وهذا ما ورد في نص المادة 49 منه وأضفت هذه الصفة على الدولة والولاية والبلدية، كما اقتبس نصوص أخرى متفرقة من القانون المدني بعض الأحكام والمفاهيم وهذا ما يتضح من خلال نصوص قانون الانتخاب مثلا الذي استعمل عبارة الموطن والوكالة والحجر وفقدان الأهلية وغيرها... أنظر القانون رقم 13/89 المؤرخ في 7 أوت 1989 المتضمن قانون الانتخابات المعدل والمتمم لاسيما المادة 3، 4، 5 ... 50 وما بعدها.

وقد تطور القانون المدني إذ كان يقتصر في ظل القانون الروماني على القانون المطبق على المواطنين وهذا خلافا للقانون المطبق على الأجانب، ثم في مرحلة لاحقة أصبح القانون المدني مرادفا للقانون الروماني المتمثل في مجموعة جستنيان، وتطور فيما بعد وأصبح مرادفا للقانون الخاص، حتى أن مونتسكيو كان يطلق على القانون المدني بالقانون الخاص والقانون العام بالقانون السياسي[1]، وعليه كان القانون المدني في مرحلة معينة القانون الأساسي الذي يحكم العلاقات الخاصة بين الأفراد سواء كانت في الشكل المدني المعروف حاليا (بيع، رهن، إيجار،،،) أو صورة تعامل بين التجار، حيث كانت معاملتهم تخضع للقانون المدني، أو في صورة عقد عمل أو معاملة بحرية، فولايته شملت كل أنواع هذه العلاقات ومع التطور الذي عرفته المجتمعات ونتيجة للتمييز بين العلاقات والمعاملات، أضحى من الضرورة أن تنفصل عن القانون الأم لتشكل مجموعات متميزة وليضيق في النهاية نطاق القانون المدني عن ذي قبل، فأصبحنا نلاحظ في مختلف الأنظمة القانونية إلى جانب القانون المدني القانون التجاري والقانون البحري قانون العمل وغيرها.

ومهما إنفصلت هذه القواعد وإستقلت عن القانون المدني فانها تظل مدينة له بفضل قواعده التي نجدها في هذه النصوص المتفرعة والمستقلة، وبفضل سده لكثير من الثغرات التي لم تشر إليها هذه النصوص، وفي إقراره وإرسائه للمبادىء العامة للقانون عامة، كنظرية الإلتزام وأحكام المسؤولية وغيرها[2].

ولا يمكن بحال من الأحوال تصور مجتمع بلا قانون مدني، ذلك أن أفراد المجتمع مهما إتحدوا في العقيدة واللغة والعادات وغيرها، فهم في حاجة إلى نصوص تضبط معاملاتهم المدنية خاصة وأن هذه الأخيرة تعرف انتشارا كبيرا بين الناس، وتنوعا في غاية التفرع والتشعب. فالفرد يدخل في معاملات مدنية أكثر من مرة وخلال اليوم الواحد أحيانا فيكون طرفا في عقد رضائي دون أن يشعر ثم أنه إلى جانب هذا، تراه يبيع ويؤجر، ويقرض ويقايض ويودع أمانة ويقبض أخرى، ويرهن منقولا ويحبس بضاعة إلى أن يستوفى ثمنها، ويحول حقه إلى طرف آخر وينيب عنه الغير للقيام بتصرف معين وغيرها من المعاملات كثير.وحتى تستقر المعاملات فيما بين أفراد المجتمع الواحد، وجب أن تمتد يد المشرع لتنظيم هذه الأنواع الكثيرة والمتشعبة من التصرفات فتضبط بقواعد معينة معلومة حتى يعرف كل طرف في العلاقة ما له

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص576.

(2) أنظر على سبيل المثال ما أشارت اليها الدكتورة هجيرة دنين بخصوص امتداد تطبيق المادة 124 من القانون المدني، موجز المدخل للقانون الجزائري، منشورات دحلب، ص20 وما بعدها.

وما عليه، وحتى يهتدي القاضي للنص الواجب التطبيق ويحدد مسؤولية الطرف المخالف.

تعريف القانون المدني: يعرف القانون المدني على أنه مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات الفرد بأسرته ويطلق عليها بقانون الأحوال الشخصية وكذلك التي تنظم علاقات الفرد المالية ويطلق عليها بقواعد الأحوال العينية[1].

الأحوال الشخصية: وتشمل خاصة: الروابط العائلية كالزواج أركانه، موانعه، آثاره، انحلاله وآثار الانحلال، كما يتضمن أحكام الولاية والوصاية والحجر وأحكام المفقود والغائب والكفالة وأحكام التركات والمواريث. وقد صدر بشأنها في الجزائر ولأول مرة بعد الإستقلال القانون رقم 11/84 الصادر في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة[2] واحتوى على 224 مادة.

الأحوال العينية: وتشمل الروابط المتعلقة بالأموال وأنواع الأموال وسلطة الشخص على المال (الحقوق العينية) وحقه في الحصول من غيره واستفادته من مصلحة ذات قيمة مالية (الحقوق الشخصية)، ومصادر هذه الحقوق بنوعيها وطرق انتقالها وانقضائها. وقد صدرت بشأنها منظومة تشريعية خاصة تضمنها الأمر رقم 58/75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني الذي بلغ عدد نصوصه 1003 مادة.

وقد خضع القانون المدني الجزائري لتعديلات مختلفة بموجب القوانين التالية:

- القانون رقم 80 - 07 المؤرخ في 7 غشت 1980
- القانون رقم 83 - 01 المؤرخ في 29 يناير 1983
- القانون رقم 84 - 21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984
- القانون رقم 88 - 14 المؤرخ في 3 مايو 1988
- القانون رقم 89 - 01 المؤرخ في7 فبراير 1989

(1) الدكتور محمند حسنين، المرجع السابق، ص31.

(2) آخذ الدكتور على سليمان على المشرع الجزائري تسمية قانون الأسرة بدل التسمية المعروفة قانون الأحوال الشخصية لأن الأحكام الواردة ليست مقصورة على الأسرة، بل شملت حالة الشخص وأهليته وترشيده كما شملت حالة المفقود والغائب والوصية والوقف وكل هذه أحكام خاصة بالشخص، أنظر تعليق علي سليمان المنشور في مجلة الشرطة العدد 45.

وتتسم قواعد القانون المدني بالقدم والشمولية فهي قواعد قديمة ضاربة في أعماق التاريخ. فالبيع ظاهرة قديمة وكذلك الإيجار والشركة والقرض والوديعة وغيرها من المعاملات المدنية وهي قواعد شاملة لأنها تسري على جميع الأشخاص الطبيعيين أيا كان سنهم وجنسهم ووضعهم الاجتماعي ومركزهم الوظيفي.

إن قواعد القانون المدني في كل دولة تسري على الرئيس والمرؤوس الكبير والصغير الذكر والأنثى المتعلم والجاهل. ولا يتصور أن ينجو أحدا من الخضوع لقواعد القانون المدني لسبب بسيط ومعقول هو أنها نظمت مسألة بدء الشخصية القانونية للشخص الطبيعي[1] وإسمه ولقبه[2] وجنسيته[3] وحالته الشخصية[4] والعائلية[5] وذمته المالية[6] وأهليته لتحمل مختلف معاملاته.

وتسري قواعد القانون المدني على الشخص المعنوي فالقانون المدني هو من إعتراف بالشخصية القانونية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العامة والجمعيات والدواوين العامة. وهو من رتب آثارا على إكتساب الشخصية المعنوية من إسم وموطن وذمة مالية وأهلية تعاقد وأهلية تقاضي[7].

وجدير بالذكر أن قواعد القانون المدني تتميز عن غيرها أنها صالحة لأن تطبق خارج الإطار المدني فتمتد للبيئة التجارية فتمس التجار. وتمتد للبيئة البحرية فيخضع

(1) جاء في المادة 25 من القانون المدني الجزائري: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا"

(2) نصت المادة 28 من القانون المدني: "يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده. يجب أن تكون الأسماء جزائرية وقد يكون خلاف ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين"

(3) نصت المادة 30 من القانون المدني: "ينظم الجنسية الجزائرية قانون الجنسية الخاص بها"

(4) نصت المادة 31 من القانون المدني: "تجري على المفقود والغائب الأحكام في التشريع العائلي"

(5) نصت المادة 32 من القانون المدني : "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد"

(6) نصت المادة 40 من القانون المدني: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

(7) جاء في المادة 50 من القانون المدني: " يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها القانون. يكون له خصوصا :- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون.
- موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها. - نائب يعبر عن إرادتها. - حق التقاضي

له المشمول بقواعد القانون البحري. بل إن قواعده صالحة لأن تطبق في الوسط الإداري إذا ما قدر القاضي الإداري صلاحيتها للتطبيق.

ورغم أن القانون المدني الجزائري صدر بتاريخ 26 سبتمبر 1975، إلا أن المشرع ولأسباب موضوعية قرر سريانه بأثر رجعي إبتداءا من 5 يوليو 1975 وهذا ما نصت عليه المادة 1003 من القانون المدني[1].

وتأسيسا على ما تقدم نستنتج ما يلي:

1- إن قواعد القانون المدني موجهة إلى الأشخاص على اختلاف طوائفهم ومهنهم وهذا خلافا لفروع القانون الخاص الأخرى التي يقتصر تطبيقها في مواضع معينة وعلى طائفة محددة كالقانون التجاري والبحري مثلا.

2- إن قواعد القانون المدني هي المرجع الأساس لحسم كل أمر لم يرد بشأنه نص في القانون الخاص.

ثانيا- القانون التجاري:

أهميته وتعريفه: إن تطور حركة الإنتاج داخل المجتمعات وتنوع السلع والخدمات يتبعه دون ريب تطور حركة التجارة. فما ينتج يحتاج إلى أن يصرف داخليا أو خارجيا. وأمام هذا التطور الذي عرفته حركة التجارة على المستوى الوطني والدولي، كان لابد لهذه العلاقات التجارية المختلفة والمتشعبة من قواعد تنظم سلوك التاجر في مختلف المجالات.

فالقانون التجاري على هذا النحو هو وليد البيئة التجارية نشأ وتطور تحت ضغط الحاجات الاقتصادية والضرورات العملية التي استوجبت إخضاع فئة من المعاملات التجارية وطائفة معينة من الأشخاص هم التجار لتنظيم خاص، يتماشى ومقتضيات الحياة التجارية ومتطلباتها، وهو فرع من فروع القانون الخاص يشمل مجموع القواعد القانونية التي تنطبق على الأعمال التجارية والتجار[2] وهو بذلك أضيق

(1) أنظر لاحقا الفصل الرابع تطبيق القانون من حيث الزمان

(2) راجع بخصوص الجدل الفقهي الذي أثير حول مجال القانون التجاري، الدكتور حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص11 وما بعدها.
الدكتور سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1987، ص7 وما بعدها.

مجالا من القانون المدني الذي تحكم قواعده نشاط الأفراد بغض النظر عن طبيعة المهن أو أنواع المعاملات التي يقومون بها.

وكثيرا ما يطرح التساؤل: لماذا لم يخضع المشرع التجار في علاقاتهم التعاقدية لقواعد القانون المدني؟ الواقع أن هناك سببين جوهريين يبرران وجود القانون التجاري.

أولهما: أن المعاملات التجارية قوامها السرعة على خلاف المعاملات المدنية التي تتصف بالبطء، والتي لا تعرض في حياة الفرد إلا في القليل النادر أو في فترات متباعدة.

لذا يلجأ أصحاب الشأن في الحياة المدنية إلى الاتفاق سواء في بيوعهم أو إيجاراتهم أو رهونهم أو شركاتهم على كل صغيرة وكبيرة، كما يحرص المشرع على ضبط هذه العلاقات بمقتضى قواعد آمرة وأخرى مكملة لمعالجة ما قد يحدث من نزاع، أما الأعمال التجارية فتلاحق بكثرة في حياة التاجر فليست هي بالأمر العارض وترد على منقولات كثيرا ما تكون عرضة لتقلبات الاسعار أو قابلة للتلف وهو ما يفرض إخضاعها لقواعد أكثر مرونة وسرعة[1]. ولعل من أبرز الأمور التي تفرض تدخل المشرع لصياغة قواعد أكثر ملائمة للحياة التجارية هي مسألة الإثبات، فاذا كان المشرع في الحياة المدنية يفرض إثبات التصرفات بالكتابة مثلا، فان مثل هذا القيد ينبغي أن يزول في الحياة التجارية لأنها تقوم على السرعة.

ثانيهما: إن التجارة أساسها الثقة والإئتمان، فأغلب العمليات التجارية تتم بأجل، فالتاجر يشتري البضاعة دون أن يتمكن من بيعها في الحال ولذا يمنحه البائع أجلا معينا للوفاء بدينه. ولدعم الإئتمان في الحياة التجارية وجب أن يفك المشرع القيد على التجار في معاملاتهم التجارية وأن لا يفرض عليهم قواعد صلبة يلزمون بمراعاتها حال كل تصرف.

وإذا كان قد تقدم البيان أن القانون التجاري يتميز عن القانون المدني، إلا أن هذا الأخير يظل بمثابة القانون الأم والشريعة العام يلزم القاضي بالرجوع إليه لحسم الخلاف إذا لم يجد للعلاقة والمسألة التجارية المعروضة عليه حكما في القانون التجاري. فاذا كان الخلاف بين التجار يتعلق بعقد بيع أو إيجار أو رهن أو شركة مثلا، ولم يجد القاضي حكما في القانون التجاري يفصل في المسألة التي بين يديه

(1) انظر الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، بيروت، الدار الجامعية، 1986، ص8.

إستقى الحل واستلهمه من قواعد القانون المدني[1]. وقد اشترط الفقه لتطبيق القاعدة المدنية ضرورة ملائمتها للبيئة التجارية وتكيفها مع وضع التجار، كما يشترط فيها ألا تخدش مبدأ السرعة والإئتمان، ذلك أن لجوء القاضي لتطبيق قواعد القانون المدني والتي تمس في مضمونها بمبدأ السرعة مثلا أو الإئتمان من شأنه أن يرجعنا إلى الوضع القديم حيث كان القانون المدني هو الواجب التطبيق على سائر النشاطات كما بينا ذلك سابقا.

ولا تفوتنا الإشارة أن المشرع وإن كان من جهة حرص على دعم الثقة والإئتمان فيما بين التجار، فخصص لهم أحكاما مرنة متميزة ويسر لهم السبيل خاصة في مجال الإثبات، إلا أنه خرج عن القواعد العامة بالمقابل ووضع نظاما صارما لكل تاجر يحاول العبث بعنصر الإئتمان واستغلال جو الثقة فأخضعه لنظام الإفلاس ورفع يده عن إدارة أمواله[2]:

وإن أول تشريع في المجال التجاري صدر سنة 1975 بموجب الأمر رقم 59/75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 وقد تضمن 842 مادة ودخل إلى حيز التطبيق يوم 5 جويلية 1975 . وقبل هذا خضعت المنظومة التجارية للتشريع الفرنسي خلال الحقبة الإستعمارية وفي مرحلة انتقالية تلت مرحلة الإستقلال وذلك بموجب القانون الصادر في 62.12.31 والذي مد العمل بمختلف القواعد المعمول بها قبل الإستقلال في المرحلة التالية إلى حين التفكير في إعداد نصوص تلائم الوضع الجديد، وعدل القانون التجاري بموجب القوانين التالية:

- القانون رقم 20/87 المؤرخ في 23 ديسمبر 1987 المتضمن قانون المالية لسنة 1988
- المرسوم التشريعي رقم 08/93 الصادر في 25 أفريل 1993 المتضمن تعديل القانون التجاري.
- القانون رقم 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص44 .الدكتور حلو أبو حلو، المرجع السابق، ص17. - الدكتور محمد هلال، مذكرات في القانون التجاري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص6.

(2) لتفصيل أكثر حول موضوع الافلاس راجع خاصة زرارة صالحي الواسعة، الإفلاس وفقا للقانون التجاري الجزائري، باتنة، مطبعة [illegible] 19[illegible]، ص3 وما بعدها.

ثالثا- القانون البحري:

أهميته وتعريفه: كما إستقل القانون التجاري عن القانون المدني، إقتضت ظروف البحر والمخاطر المحيطة به أن يستقل القانون البحري عن القانون التجاري، لينظم كل نشاط انساني على سطح البحر ذلك أن التعامل على اليابسة بما يحيط بها من ظروف معينة ليس كالتعامل وسط البحر.

فالقانون البحري على هذا النحو يمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية[1]. ونظرا لارتباطه من حيث النشأة بتطور حركة التجارة فقد جرى العرف على تسميته بالقانون التجاري البحري أو قانون التجارة البحرية وهو [illegible] فرعا قانونيا مستقل ومتميز عن القانون التجاري.

وبالنظر لخصوصية قواعد القانون البحري وسعة مجاله فقد قسم الفقه هذه القواعد إلى مجموعات أخذت تسميات مختلفة أهمها:

- القواعد المتعلق بحرية الملاحة والبحار، والبحر الإقليمي والغنائم البحرية وغيرها وأطلق عليها بالقانون الدولي العام البحري.
- القواعد التي تحكم الأشخاص القائمين بالاستغلال البحري من جانب الدولة وهيئاتها المختلفة كالقواعد الخاص بسلامة السفن وصلاحياتها ومؤهلات الربابنة وضباط الملاحة والمهندسين ونظام تعيينهم وتأديبهم وغير ذلك أطلق عليها بالقانون الإداري البحري.

- القواعد التي تحكم الأشخاص القائمين بالاستغلال البحري من جانب الدولة وهيئاتها المختلفة كالقواعد الخاصة بسلامة السفن وصلاحياتها ومؤهلات الربابنة وضباط الملاحة والمهندسين ونظام تعيينهم وتأديبهم وغير ذلك أطلق عليها بالقانون الإداري البحري.

- القواعد التي تنظم الجرائم المتعلقة بالملاحة البحرية أطلق عليها بالقانون الجنائي.
- القواعد المتعلقة بالضرائب والرسوم المرتبطة بالنشاط البحري أطلق عليها بالقانون المالي البحري.

(1) الدكتور مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، بيروت، الدار الجامعية، دون تاريخ، ص5.

وهذه القواعد جميعها يتضمنها القانون البحري أين نجد فيه الدولة طرفا في العلاقة بما لها من سيادة وبوصفها ممثلة للسلطة العامة، وهذا ما اصطلح على تسميته بالقانون البحري العام.

أما القانون البحري الخاص فهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد والهيئات الخاصة بصدد الملاحة البحرية، وهذا المعنى الخاص هو الذي يقصد عادة لكلمة قانون بحري عند إطلاقها[1].

ومهما استقل القانون البحري ليشكل منظومة تتضمن قواعد لا نجد لها مثيلا في القانون التجاري، كالقواعد المتعلقة بالتأمين البحري وسلطات ربان السفينة وواجباتهم في مساعدة السفن في حالة الخطر، وتقييد قواعد الإثبات باخضاع التصرفات الواردة على السفينة لشكلية معينة، إلا أن صلة القانون البحري بالقانون التجاري تظل قائمة مستمرة خاصة وأن المشرع الجزائري اعتبر في نص المادة الثالثة من القانون التجاري عملا تجاريا من حيث الشكل: «*كل عقد تجاري يتعلق بالتجارة الخارجية*» وقد صدر القانون البحري بتاريخ 23 أكتوبر 1976 وتضمن 887 مادة شملت مختلف جوانب الملاحة البحرية. وعدل وتمم بموجب القانون رقم 98 - 05 المؤرخ في 25 يونيو 1998 .

ونظرا لمجال القانون البحري الواسع فان نصوصه لا تتوقف على المواد الواردة في تقنين 1976 وتعديل 1998 بل إن كثيرا من مواده وقواعده نجدها ثابتة في نصوص دولية في شكل إتفاقيات دولية إنضمت إليها الجزائر ومثال ذلك إتفاقية بروكسل بتاريخ 10 أفريل 1962 والتي إنضمت لها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 64 - 72 المؤرخ في 2 مارس 1962 وإتفاقية بروكسل بتاريخ 10 ماي 1952 المتعلقة بالإختصاص المدني في مجال الإصطدام والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 64 - 172 المؤرخ في 8 جوان 1964 وإتفاقية لندن المتعلقة بانقاذ الحياة البشرية في البحر المبرمة بتاريخ أول نوفمبر 1974 والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 83 - 510 المؤرخ في 27 أوت 1983 .

(1) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص6.

موضوعات القانون البحري: طالما كان القانون البحري يهتم كأصل عام بتنظيم النشاط الإنساني في عرض البحر، فإن الوسيلة المستعملة هي السفينة، لذلك كان منطقيا أن ينصب إهتمام القانون البحري بالسفينة فيحدد ماهيتها وموطنها وجنسيتها وإسمها ،علامتها وطرق إكتسابها وأوراقها الخاصة ومسؤولية الأمن على السفن والتعويض الناشئ عن الملاحة البحرية والحجز على السفينة والأشخاص الذين يقومون بتسييرها أو خدمتها كالمالك والربان والطاقم والمرشد وسائر العاملين، وشهادات السفينة كشهادة الملاحة والحمولة والأمن وغيرها. ذلك أن السفينة باعتبارها المحور إلى يدور حوله القانون البحري على حد قول البعض ليست مجردة، شيء يرد عليه الحق، وإنما هي الأرض الذي يعيش عليها المجتمع البحري خلال الرحلة البحرية[1].

رابعا- القانون الدولي الخاص:

أهميته وتطوره: إن الحديث عن هذا الفرع من القانون يرتبط بنظرة الدولة للأجنبي، وبالاعتراف له بمجموعة من الحقوق وبطرق معاملته وبمركزه خارج إقليم دولته ولاشك أن مركز الأجنبي وحقوقه ومعاملته إختلفت من حضارة إلى أخرى. ففي زمن معين كانت الفكرة السائدة أن الأجنبي لا يعتبر شخصا من أشخاص القانون، وأن قوانين المدينة لا تنطبق عليه ولا يحق له أن يتزوج أو أن يكسب ملكية شيء أو أن يطلب من المحاكم التعويض.

وعليه كان الأجنبي على إمتداد حضارات وزمن طويل محل حذر وخشية، فما أن دخل المدينة إلا ورأيت كل الأنظار إليه متجهة تتابع حركاته وتحسب عليه كل تصرف وعدّ الأجنبي على امتداد نظم قانونية كثيرة بمثابة جاسوس ينبغي أخذ الحذر منه ولم تختلف حالته عن حالة الحيوان أو الرقيق حتى أن قانون مانو في الهند كان يجيز أكل الأجنبي، ولم يفرق الرومان بين الأجنبي والرقيق كلاهما شيئا يقبل التملك[2].

(1) الدكتور حمدي الغنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988 ص 5

(2) لتفصيل أكثر راجع: الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص16 وما بعدها. ـ الدكتور محند إسعاد، القانون الدولي الخاص. الجزء الأول تنازع القوانين، 1986، ص37 وما بعدها.

ولم يثبت الوضع على حاله إذ تغير خاصة بعد أن تطور التعامل فيما بين أشخاص من أقاليم ودول مختلفة واتسع مجال التجارة سواء عن طريق البر أو البحر فتغيرت النظرة للأجنبي سيما بظهور شريعة الإسلام حيث لقي معاملة خاصة لم يعرفها من قبل بموجب نظام اصطلح على تسميته بعقد الأمان يخول للأجنبي حق الإقامة في دار الإسلام لمدة معينة قابلة للتجديد وله بالمقابل حق التملك وجمع المال والعود إلى دار الحرب. كما تمتع الأجنبي بحق الحماية وممارسة معتقداته وحق اللجوء للقضاء[1].

وعرف العصر الحديث تطورا بالنسبة للمركز القانوني للأجنبي خاصة بعد ظهور المنظمات الدولية وبروز وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وشهد العالم حركة كبيرة في مجال المؤتمرات الدولية بغرض معالجة قضايا تمس موضوعات القانون الدولي الخاص (مركز الأجانب، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الجنسية)، وتبع هذه الحركة إبرام إتفاقيات كثيرة بين أعضاء المجتمع الدولي تجسدت في التشريعات الداخلية للدول.

ومن هذا العرض التاريخي الموجز نستنتج أن مادة القانون الدولي الخاص برمتها تعد حديثة نسبيا إذا ما قورنت ببقية فروع القانون.

تعريف القانون الدولي الخاص: يمكن تعريف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي، كما تعالج مسألة الإختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية[2].

وقد يبدو من خلال تسمية هذا الفرع أن هناك تناقضا إذ كيف يكون من جهة دوليا وخاصا في ذات الوقت، والواقع أن تسمية الدولي مصدرها أن أحد عناصر العلاقة (الأشخاص أو السبب أو الموضوع) مركب أي يتجاوز إقليم الدولة الواحدة مما يطرح إشكالية القانون الواجب التطبيق. أما تسميته بالخاص لأنه ينصب على تنظيم علاقة تخضع في أصلها للقانون الخاص (مدني أحوال شخصية، تجاري)[3].

(1) الدكتور عبد الخالق النواوي، العلاقات الدولية والنظم القضائية، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974، ص60 .

(2) أنظر: الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص5.

(3) أنظر: الدكتور علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص6.

موضوعات القانون الدولي الخاص:

1 - الجنسية[1]: طالما كان ضابط التمييز بين الوطني والأجنبي هو الجنسية باعتبارها رابطة سياسية تجمع بين الفرد والدولة، فان موضوع الجنسية يدخل ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، فقبل أن يفصل القاضي في النزاع يجب عليه أولا معرفة جنسية أطراف الخصومة حتى يتسنى له بعد ذلك معرفة القواعد الواجبة الإتباع والتطبيق. وقد صدر قانون الجنسية بموجب الأمر رقم 86/70 بتاريخ 15 ديسمبر 1970 لاغيا بذلك القانون رقم 96/63 الصادر في 27 مارس 1963 وتضمن القانون الجديد (1970) 41 مادة.

2 - تنازع القوانين: إن العلاقة المركبة ذات العنصر الأجنبي تثير أول ما تثير إشكالية القانون الواجب التطبيق. فلكل طرف في العلاقة جنسية، ووراء كل جنسية دولة وقانون وفي الغالب يختلف موضوع القانون من دولة إلى أخرى حتى في تنظيم ذات المسألة. وهنا يتعقد الأمر ويطرح التساؤل لأي قانون تخضع هذه العلاقة ويعود لقواعد تنازع القوانين أمر إيجاد حل لهذه المعضلة القانونية، وقد نظمت هذه المسألة المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني.

3 - تنازع الإختصاص: تتفق أغلبية الفقه على أن مسألة الإختصاص القضائي تدخل ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، ذلك أن القاضي قبل أن ينتقل لموضوع المنازعة ويهتدي للقاعدة الواجبة التطبيق على العلاقة المركبة يجب أولا أن يتأكد من مسألة الإختصاص.

4 - تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية: قد يصدر حكم عن هيئة قضائية لينشيء حقا أو يكشف عنه ويقتضي أمر تنفيذه تدخل أجهزة أخرى خارج إقليم الدولة، ولما كان التنفيذ يخص الأفراد ويتجاوز حدود الدولة الواحدة، وجب اعتبار هذه المسألة ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص.

5 - مركز الأجانب: سبق القول أن التشريعات الحديثة اعترفت للأجانب بالشخصية القانونية ومن ثم لزم أن يتبعها الإعتراف لهم بمجموعة من الحقوق وهذا ما اصطلح

(1) رأي بعض الفقهاء، أن موضوع الجنسية يدخل في نطاق القانون العام وقد أيدت هذا الرأي محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ 2 فبراير 1921. أنظر في الرد على هذا الرأي الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص169 وما بعدها.

عليه بمركز الأجانب. ولما كان لكل دولة تشريعها وظروفها الخاصة، كان لابد أن يتغير مركز الأجنبي من دولة إلى أخرى أو بعبارة أدق فان وعاء الحق ونظامه ليس واحدا في كل الدول، فهناك تشريعات كثيرة حظرت على الأجانب تملك العقارات وممارسة بعض الوظائف كالقضاء أو ممارسة بعض المهن الحرة كالمحاماة، ولظروف اقتصادية قد تلجأ الدولة إلى إعفاء الأجانب المستثمرين من بعض أو كل الأعباء الجبائية بقصد تحفيزهم على الإستثمار، فمجموع النصوص التي تعترف للأجنبي بحق معين وتفرض عليه بالمقابل واجبا آخر تمثل ما يعبر عنه بمركز الأجانب.

خامسا- القانون الجوي:

أهميته وتعريفه: يعتبر النقل في كل دولة الدعامة الأساسية التي يرتكز عليها النشاط الإقتصادي. فالحركة حياة والسكون موت. ومهما إمتلكت الدولة من قدرات عسكرية وتكنولوجية واقتصادية تحتاج إلى أن تتصل بغيرها من الدول. والطائرة باعتبارها أهم وسائل المواصلات الحديثة تساهم بقسط كبير في إجراء الصلة بين الأفراد وفي تنمية التعارف والتعامل فيما بين الدول، ويعتبر النقل واحدا من المعايير التي على أساسها تقاس درجة تقدم الدول.

وتأسيسا على ما تقدم أضحى من الضرورة ربط المركبة الهوائية بنسيج قانوني متميز وذلك اعتبارا للمخاطر التي تحيط بعملية نقل الأشخاص أو البضائع والتي تفرض أحكاما متميزة، وكذلك بالنظر لسعة جال استخدام هذه المركبة.

ولقد استخدم اصطلاح القانون الجوي لأول مرة عندما أنشئت في باريس 1909 المدرسة العليا للطيران. ويمكن تعريفه على أنه مجموعة القواعد التي تحكم المركبة الهوائية وما ينشأ عن حركتها واستعمالها من وقائع وعلاقات[1]

ورغم صيرورة المركبة الهوائية حقيقة ملموسة في نهاية القرن 19، إلا أن القانون الجوي لم تظهر أحكامه إلا مع مطلع هذا القرن بعد أن اتضحت الإستعمالات المختلفة للمركبة الهوائية (وسيلة لنقل البضائع والأشخاص ووسيلة للحرب). وعندها ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد قانونية تحكم حركة واستعمال الوسيلة الجديدة وما ينتج عنها

(1) الدكتور محمد فريد العريني، القانون الجوي، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، 1986، ص5

من وقائع وعلاقات. وبعد أن وضعت الحرب العالمية الأولى أوزارها بدأت التشريعات الداخلية والمؤتمرات الدولية تعرف دفعا جديدا تطور بين الحربين وشهد تطورا أكثر بعد الحرب العالمية الثانية.

ولما كانت المركبة الهوائية تستأثر بسرعة فائقة من عبور اقليم الدولة والدخول في أقاليم دول أخرى اعتبرت على هذا النحو أداة اتصال دولي وقاري وأصبح المجال الدولي الوضع المألوف لهذه المركبة، وهو ما اقتضى وجود قواعد دولية تجسدت في معاهدات دولية كثيرة منها اتفاقية طوكيو بتاريخ 14 سبتمبر 1963 والخاصة بالجرائم التي ترتكب على متن الطائرات، واتفاقية لاهاي 16 ديسمبر 1970 الخاصة بقمع الإستيلاء غير المشروع على الطائرات واتفاقية مونتريال بتاريخ 23 سبتمبر 1971 الخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني. وقد انضمت الجزائر إلى هذه المعاهدات بموجب الأمر رقم 17/95 الصادر في 5 أفريل 1995 وبموجب المرسوم الرئاسي رقم 214/95 الصادر في 8 أوت 1995.

وقد كان للنصوص الدولية التي عالجت موضوعات مختلفة تمس النشاط الجوي الأثر العميق في ظهور بعض التشريعات القليلة الداخلية. وعلى الرغم من مضي فترة معقولة على ميلاد هذا الفرع من القانون، إلا أن المشرع الجزائر يتأخر في إصدار قانون شامل منظم وحاكم لما ينشأ من حركة واستعمال المركبة الهوائية . لذا فان ما ميز المرحلة الأولى منذ الإستقلال وإلى غاية صدور قانون الطيران المدني لسنة 1998 هو تشتت النصوص المنظمة للطيران المدني وتوزعها عبر الكثير من الأوامر والقوانين نذكر منها:

- الأمر رقم 63 - 412 المؤرخ في 24 أكتوبر 1963 المتعلق بقواعد ملاحة المراكب الجوية.
- الأمر رقم 63 - 413 المؤرخ في 24 أكتوبر 1963 المتعلق بالأحكام الجزائية حول المخالفات لقواعد الترقيم وتعريف المراكب الجوية.
- القانون رقم 64 - 168 المؤرخ في 8 جوان 1964 المتعلق بالنظام القانوني للطائرات.
- القانون رقم 64 - 244 المؤرخ في 22 أوت 1964 المتعلق بالمطارات والمرافق المعدة لسلامة الملاحة الجوية.

وبالنظر للطابع الدولي للقانون الجوي فإن جزءا من أحكامه تستمد من الإتفاقيات الدولية ومن هذه الإتفاقيات ما يلي:

- إتفاقية شيكاغو المتعلقة بالطيران المدني الدولي الموقعة يوم 7 ديسمبر 1944 والتي إنضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 63 - 84 المؤرخ في 5 مارس 1963
- إتفاقية وارسو المؤرخة في 12 أكتوبر 1929 المتعلقة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي والتي إنضمت إليها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 64 - 74 المؤرخ في 2 مارس 1964 إتفاقية روما المؤرخة في 7 أكتوبر 1952 المتعلقة بالأضرار الملحقة بالغير واليابسة من طرف مراكب جوية أجنبية والتي إنضمت إليها الجزائر بمقتضى المرسوم رقم 64 - 76 المؤرخ في 2 مارس 1962 ولقد صدر قانون الطيران المدني بموجب القانون رقم 98 - 06 المؤرخ في 27 جوان 1998 وتضمن 232 مادة.

موضوعات القانون الجوي: يهتم القانون الجوي بتعريف الطائرة علاقاتها وأنواع الطائرات وحق الدولة في ممارسة سيادتها على الفضاء الجوي، وجنسية الطائرة وإجازات أعضاء طاقمها، وشهادة صلاحيتها للطيران فوق الأراضي الأجنبية، والقواعد الواجب مراعاتها عند اقلاع وهبوط الطائرة والأشياء المحظور نقلها وقمع الجرائم التي ترتكب على الطائرة وسلطات قائد الطائرة والإستيلاء على الطائرات وغيرها.

سادسا- قانون العمل:

أهميته وتطوره: يحتل قانون العمل مكانة خاصة بين فروع القانون بالنظر لأهميته، ذلك أن العمل يعد مصدر كل حضارة وأساس كل تطور، وله فائدة كبيرة خاصة من الناحية الإجتماعية والإقتصادية. فالعمل إجتماعيا يوفر لقمة عيش لأكبر عدد ممكن من السكان، وهو ما يجنب المجتمع الكثير من الآفات الإجتماعية خاصة آفة البطالة بما يلحقها من آثار سلبية كثيرة، ويساهم العمل في دعم أواصر التعارف والتعامل بين أفراد المجتمع الواحد وفي بعث عرى الاستقرار الاجتماعي. وعلى المستوى الإقتصادي يمثل العمل أساس التنمية الاقتصادية وهو من أهم عناصر الدخل الوطني.

ولقد مرّ العمل بمراحل كثيرة. ففي ظل الشرائع القديمة كان ينظر إليه (خاصة العمل اليدوي) على أنه مهانة واحتقار له وساد هذا الإعتقاد عند الكثير من الحضارات منها الحضارة الرومانية. ولم يختلف الأمر في القرون الوسطى حيث أن معظم الذين يزاولونه هم العبيد. وتغيرت النظرة للعمل بظهور الشرائع السماوية خاصة شريعة الإسلام، قال تعالى في صورة الجمعة الآية 10: (* فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وإبتغوا من فضل الله لعلكم تفحلون *). وقال في سورة النحل: (* وهو الذي سخرّ البحر لتأكلوا منه لحما طريا وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وترى الفلك مواخر فيه ولتبتغوا من فضله ولعلكم تشكرون *). وكثيرة هي الأحاديث النبوية الشريفة التي رفعت من شأن العمل وجعلته أفضل الكسب.

وفي العصر الحديث إحتل العمل مكانة بارزة سواء في ظل الفلسفة الرأسمالية أو الإشتراكية[1] باعتباره العامل الأساس للإنتاج وهذا ما أكده كثير من رجال الإقتصاد كأدام سميث وريكاردو وماركس وغيرهم.

ورغم أهمية العمل على النحو السابق ذكره، إلا أن العمال كانوا خلال فترات طويلة من الزمن عرضة للاستغلال خاصة فيما تعلق بالأجر وكثرة ساعات العمل والظروف المحيطة بأدا النشاط وهذا نتيجة لتطبيق مبدأ سلطان الإرادة الذي كان سائدا وانجر عنه إلحاق بالغ الضرر بطائفة العمال خاصة الأحداث والنساء. ولعل أبرز ما يمكن الاستشهاد به أن القانون الفرنسي أطلق على عقد العمل بعقد إيجار الأشخاص على أساس أن العامل يؤجر نفسه كما تؤجر السلع، وأخضع هذه العلاقة لقانون العرض والطلب ونتج عن هذا الوضع تحقيق مصلحة أصحاب العمل على حساب العمال الذين أجبروا تحت ضغط الحاجة على العمل بأجور متدنية وخلال ساعات طويلة وصلت أحيانا إلى 14 ساعة في اليوم وهو ما أدى إلى انتشار ظاهرة البطالة وتزايد نسبة حوادث العمل مع دخول الآلة.

وكان لابد لهذا الوضع من تغيير خاصة بعد صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي حظر الإسترقاق (المادة 4) وضمن حق العمل بشروط عادلة (المادة 1/23) وكفل للعامل الحماية (المادة 1/23) وحقه في أجر مساو لعمله دون تمييز بين العمال (المادة 2/23 وبالحق النقابي (المادة 4/23) وحقه في الراحة (المادة 24). وعقب

(1) الدكتور راشد راشد، شرح قانون العمل الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985، ص1.

هذا الإعلان صدرت دساتير كثيرة جسدت هذه القواعد الدولية وتبعها نصوص تشريعية وتنظيمية كثيرة.

ونتيجة لتدخل الدولة كوسيط بين العمال وأصحاب العمل من خلال ما تفرضه من شروط لمصلحة العمال ظهرت تسمية علاقة العمل عوض عقد العمل[1] ليفهم من خلالها أن العلاقة بين العمال وأصحاب العمل لم تعد تخضع بصفة مطلقة لمبدأ سلطان الإرادة، بل لقواعد القانون أيضا.

تعريف قانون العمل: يعتبر قانون العمل أحدث القوانين نسبيا، ذلك أنه لم يبدأ يأخذ شكله الحديث ولم تظهر أحكامه متميزة إلا منذ أواسط التاسع عشر، وقد أطلق عليه تسميات مختلفة كالقانون الصناعي والقانون الإجتماعي والقانون العمالي. ويمكن تعريفه على أنه «مجموعة القواعد القانونية والتنظيمية التي تضبط وتنظم العلاقة بين كل من العمال وأصحاب العمل في ظل حرية التعاقد وتحمي المصالح والحقوق المكتسبة لكل منهما قصد التخفيف من شدة الصراع القائم بين مصالحهما المتناقضة من أجل ضمان نوع من التوازن والتعايش السلمي بين العمال وأصحاب العمل»[2].

موضوعات قانون العمل: من التعريف والعرض السابق يتبين لنا أن قانون العمل يهتم أساسا بتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل ومن ثم فان موضوعاته تكمن فيما يلي:

تنظيم علاقة العمل بما يحمله مفهوم التنظيم من معنى واسع كتنظيم العمل، ساعات العمل وظروف القيام به وتدابير الأمن والوقاية وتحديد أوقات الراحة الأسبوعية والعطل وتنظيم الأجر وطرق حمايته، والترقية والتكوين وضبط قواعد المنازعات الفردية والجماعية، وكيفية ممارسة الحق النقابي وحق الإضراب وطرق إنهاء علاقة العمل وحالات الإنقطاع عن العمل والقواعد الخاصة بتشغيل النساء والأحداث والمعوقين والأجانب وسائر القواعد الأخرى التي تحكم أداء العمل وتحيط به.

(1) Messaoud Mentri, Essai d'analyse de la législation et de la reglementation du travail en Algerie, OPU, 1986, P17

(2) الأستاذ أحسبه سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص33.

الطبيعة القانونية لقواعد العمل: إنتهى الصراع بين الطبقة العاملة وأصحاب العمل إلى تدخل الدولة لتكفل لهذه الطبقة الحماية القانونية اللازمة وذلك بفرض حد أدنى للأجر وضبط الحد الأقصى لساعات العمل وإصدار نصوص بخصوص تشغيل النساء والأحداث وتحسين ظروف العمل وتأمين العمال ضد حوادث العمل وإنشاء هيئات إدارية تتولى مهمة الإشراف على تنفيذ هذه النصوص[1].

ونتيجة لتدخل الدولة عبر النصوص المختلفة ذهب جانب من الفقه في ألمانيا إلى أن قانون العمل أصبح عاما بالنسبة لتسعة أعشار قواعده[2]، وهذا نتيجة لاحتوائه على كثير من القواعد الآمرة.

ويبدو تأثر هذا الإتجاه بمعيار طبيعة القاعدة القانونية السابق الإشارة إليه، بما قد يخلفه من تصورات قانونية خاطئة كون القواعد الآمرة قصر علي القانون العام رغم تسليم كافة رجال الفقه بأن قواعد القانون الخاص تحتوي هي الأخرى على قواعد آمرة.

ولعل هذا النقد دفع جانب آخر في الفقه إلى القول بأن قانون العمل هو قانون مختلط إعتبارا لما يأتي :

1 - إن الدولة بما لها من صفة سيادية تعتبر طرفا في علاقة العمل فتستطيع بغرض حماية الطبقة العاملة التدخل بموجب نصوص آمرة لتنظيم عالم الشغل، ومن هنا فلا فرق بين ما تفرضه بخصوص هذه الطبقة وبين ما تقره لصالح فئة الموظفين العموميين.

2 - لا يمنع تدخل الدولة من إخضاع العلاقة بين العمال وأصحاب العمل لإرادة الأطراف المتعاقدة بما لا يمس النصوص المفروضة ومن ثم فان ما يتم الإتفاق عليه يكون خارج ما رسمه المشرع.

3 - إن قانون العمل يتكون من قسمين قسم يهتم بالقطاع الخاص ويخضع للقانون الخاص، وقسم يهتم بالعاملين في القطاع العام، وهذا فرع من فروع القانون العام[3].

---

(1) لتفصيل أكثر راجع الدكتور جلال مصطفى القريشي، شرح قانون العمل الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص16 وما بعدها.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص584 . وأيضا الدكتورة محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص39

3) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص586.

وقد غيب عن هذا الرأي بدوره أن تدخل الدولة في مجال العمل هو على سبيل المساعدة وإتمام بعض القواعد القانونية لا غير. أما القواعد الأساسية لقانون العمل فليست من صنع المشرع.

ومن النصوص التي نظمت عالم الشغل في الجزائر ما يلي:

- الأمر رقم 74/71 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات ويعد فاتحة قوانين العمل في الجزائر لاسيما فيما يتعلق بتحديد مفهوم العامل وتكريس مجموعة من الحقوق أبرزها حق المشاركة في التسيير.
- الأمر رقم 30/75 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتضمن المدة القانونية للعمل.
- الأمر رقم 31/75 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص.
- الأمر رقم 32/75 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتعلق بالعدالة في العمل.
- القانون رقم 12/78 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل.
- القانون رقم 02/90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب.
- القانون 03/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بمفتشية العمل.
- القانون 04/90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية للعمل.

ونصوص تشريعية وتنظيمية كثيرة.

سابعا- قانون الإجراءات المدنية:

أهميته وتعريفه: لاشك أن التعامل فيما بين الأفراد في المجال المدني والتجاري والبحري والإحتكاك بين العمال وأصحاب العمل والموظفين والإدارة المستخدمة، قد ينجر عنها خلافات مما يتحتم عرضها على القضاء في شكل خصومة.

ولايمكن أن يعترف المشرع للأفراد بحق اللجوء للقضاء دون أن ينظم ممارسة هذا الحق بطرق وإجراءات معينة، خاصة وأن الأمر يتعلق بالسلطة القضائية. وقد أصطلح على تسمية هذا القانون في الجزائر بقانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 154/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 المعدل والمتمم وتضمن 479 مادة.

ويعرف قانون الإجراءات المدنية بأنه مجموعة القواعد التي تنظم إجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية والتجارية وتنظم كذلك ترتيب المحاكم وإختصاصها.

ولعل السؤال الذي يطرح لماذا أدرج قانون الإجراءات المدنية ضمن فروع القانون الخاص خلافا القانون الإجراءات الجزائية (وهو بدوره قانون إجرائي) الذي أدرج ضمن فروع القانون العام؟

أرجع جانب من الفقه[1] سبب دمج قانون الإجراءات المدنية ضمن عائلة القانون الخاص إلى تطبيق مبدأ أن الخصومة ملك الخصوم فأطراف الخصومة هم الذين يتقدمون بالطلبات والدفوع وهم الذين يعززون إدعائهم ودفوعاتهم بوسائل إثبات أقرها القانون، كما أن صاحب الحق يستطيع أن يترك الخصومة ويتنازل عن حقه. وهذا كله خلافا للدعوى الجنائية أو العمومية التي تباشرها النيابة العامة باسم المجتمع وأن الضحية لايملك سلطة العقاب وبالتالي لا يملك الصفح عن الجاني.

أما عن بقية قواعد قانون الإجراءات المدنية التي تبين الإختصاص النوعي والمكاني للهيئات القضائية المختلفة وترتيبها والقواعد الخاصة بنظام الجلسات وإصدار الأحكام وطرق الطعن والقواعد التي تنظم مسألة رد القضاة ومخاصمتهم فلا شك أنها تعد من القانون العام نظرا لتعلقها بالسلطة القضائية، كما أن الأفراد لا يملكون إلا الخضوع لما أقره المشرع بشأن هذه الجوانب الإجرائية.

موضوعات قانون الإجراءات المدنية: يتكفل قانون الإجراءات المدنية بتنظيم المسائل التالية:

- قواعد وإجراءات رفع الدعوى.
- قواعد الإختصاص النوعي والمكاني.
- نظـام الجلسـات.
- إجراءات التحقيق (الخبرة، الإنتقال للمعاينة، مضاهاة الخطوط...).
- سقوط الدعوى والمصاريف القضائية.
- إصدار الأحكام وتبليغها.
- طرق الطعن في الأحكام والحجوز.
- مخاصمة القضاة وردهم.

وعرف قانون الإجراءات المدنية في الجزائر التعديلات التالية:

- الأمر رقم 69 - 77 المؤرخ في 18 سبتمبر 1969
- الأمر رقم 71 - 80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971
- القانون رقم 86 - 01 المؤرخ في 28 يناير 1986
- القانون رقم 90 - 23 المؤرخ في 18 أوت 1990
- المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص587. - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص50.

المبحث الثاني:

تقسيم القانون من حيث درجة الإلزام

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

ذكرنا سابقا أن قواعد القانون كلها ملزمة، فكل قاعدة تضمنت أمرا ينطوي على إلزام، وتوجت بجزاء يوقع عند المخالفة. غير أن درجة الإلزام تختلف في بعض القواعد عن البعض الآخر. فالقانون في حالات معينة ينظم سلوك الأشخاص بمقتضى قاعدة محددة ولا يرضى بغيرها بديلا، وقد ينظمه على نحو يترك فيه لأطراف العلاقة حرية إقرار حكم مخالف لما رسمته القاعدة.

وعلى هذا النحو، فان المشرع وهو يخاطب الأشخاص وبمقتضى قواعد معينة نراه أحيانا يستعمل الأسلوب البات القطعي فلا يجيز لهم إقرار قاعدة تنظم علاقاتهم على غير ما رسمه وحدده، وأحيانا أخرى نراه يبيح للأشخاص صراحة أمر مخالفة النص واعتماد قاعدة أخرى يرونها صالحة لتنظيم علاقاتهم.

وقد اصطلح على مجموع القواعد الباتة التي يلزم كل أطراف العلاقة بالخضوع الكامل إليها ولا يملكون سلطة أو حرية في مخالفتها بالقواعد الآمرة وهناك من أطلق عليها القواعد الباتة[1]. أما مجموع القواعد التي ترك المشرع فيها منفسا للأفراد وحرية في استبعادها وتبني حكما يخالفها اصطلح على تسميتها بالقواعد المفسرة أو المكملة. وقيل أن المقصود بعبارة المفسرة أن هذه القواعد تفسر إرادة المتعاقدين في حالة اتفاقهم على مخالفة حكم المسألة التي تنطبق عليها القاعدة[2].

ويبدو جليا أن عبارة القواعد المكملة أكثر دقة وصوابا من عبارة القواعد المفسرة وذلك لدلالة الأولى على أن هذا النوع من القواعد هو مكمل لإرادة المتعاقدين، فمن خلال القاعدة المكملة لا يخاطب المشرع الأشخاص بمقتضى حكم فريد وحيد جازم بات، وإنما يقترح على أطراف العلاقة حكما أو حلا ويجيز لهم إمكانية الإستغناء عنه أو استبداله بحكم آخر، فان استغنوا صراحة على ما رسمه المشرع واعتمدوا

(1) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص19.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص85.

قاعدة أخرى الزم كل طرف في العلاقة باحترام ما تم الإتفاق عليه. وإن غفلوا عن هذه المسألة وحدث نزاع لجأ القاضي للقاعدة التي حددها المشرع واتخذها مصدرا لحل النزاع المعروض عليه.

وطالما يعتمد المشرع أحيانا أسلوب القواعد الآمرة والقواعد المكملة أحيانا أخرى، فان السؤال الذي قد يتبادر للأذهان هو متى يستعمل المشرع أسلوب القواعد الآمرة ومتى يستعمل أسلوب القواعد المكملة؟

يلجأ المشرع إلى أسلوب القاعدة الآمرة إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو بالمصالح العليا والأساسية للمجتمع، فكل مسألة ذات علاقة بهذا المحور الأساسي وجب أن تصاغ في شكل قاعدة آمرة. ولا ينبغي ترك المجال للأفراد لمخالفتها، لأن فتح المجال لهم من شأنه أن يسقط مفهوما قانونيا إسمه النظام العام، فتزول معالمه وسط اتفاقيات الأفراد المختلفة.

وتأسيسا على ما تقدم وللمحافظة على المصالح العليا في المجالات المختلفة السياسية الاجتماعية الخلقية الاقتصادية وجب أن يحصن المشرع مجموعة مبادىء بالنظر لأهميتها فلا يجيز للأفراد أمر تجاوزها أو الاعتداء عليها، ووسيلة المحافظة هي استعمال القواعد الآمرة.

طريقة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

خلصنا من العرض السابق أن القاعدة الآمرة هي التي تتعلق بالنظام العام والتي لا يجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالفها. والقاعدة المكملة هي القاعدة التي أجاز فيها المشرع للأفراد الاتفاق على ما يخالفها. ومن هنا يطرح سؤال آخر ما هو المعيار الذي يجب اعتماده للتمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة؟

سلك الفقه للتمييز بين القاعدة الباتة والقاعدة المكملة طريقتين تعتمد الأولى منها على دلالة عبارة النص والثانية على مدى اتصال النص وعلاقته بالنظام العام[1].
وقبل استعراض ذلك نفضل في البداية تبيان فائدة التمييز.

فائدة التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة:

(1) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص122.

طالما كانت القواعد الآمرة هي مجموع القواعد القطعية الباتة التي لم يجز المشرع للأشخاص مخالفتها، وأن القواعد المكملة هي قواعد اعترف بموجبها المشرع للأشخاص بصلاحية إتمامها وإقرار قاعدة مخالفة لما جاءت به، فان فائدة التمييز بين هذين النوعين من القواعد تكمن في الجزاء المترتب على مخالفة القاعدة. فاذا كانت القاعدة آمرة فان الجزاء قد يظهر إما في صورة بطلان للعقد أو تعويض أو حبس أو غرامة وغيرها من صور الجزاء التي رأيناها، بحسب طبيعة المخالفة ودرجة الضرر وآثاره. كما لو فرض المشرع الرسمية في عقد معين وتجاوز أطرافه مثل هذا الركن، فان العقد يقع باطلا أو كمن يستولي على مال غيره بالسرقة فان الجزاء يتخذ صورة الحبس أو كمن يسبب بعمله ضرراً للغير يلزم بدفع التعويض، فأيا كان مضمون القاعدة الآمرة وسواء صيغت في شكل أمر أو نهي فهناك جزاء يتحمله المخالف. أما لو تعلق الأمر بقاعدة مكملة فان المشرع أباح فيها صراحة للأفراد إمكانية مخالفتها، ومن ثم فان اتفق أطراف العلاقة على استبعاد ما أقره المشرع، أمر رخص به القانون ذاته، ولهم اتباع ما اتفقوا عليه دون أن يرتب المشرع على هذه المخالفة أي نوع من الجزاء.

فاذا نص المشرع في أحكام عقد البيع مثلا بأن الثمن ينبغي تسليمه وقت تسلم المبيع أو بحسب الإتفاق، فإنه يجوز لأطراف العلاقة تأجيل مسألة الدفع إلى وقت لاحق عن تسليم المبيع.

وبناء على ما تقدم فان فائدة التمييز بين القواعد الآمرة والمكملة تكمن في أن إرادة أطراف العلاقة بشأن القواعد المكملة تتمتع بحرية استبدال القاعدة التي اقترحها المشرع بقاعدة أخرى، لأن المشرع فوض الأطراف سلطة تشريع قاعدة خاصة وهذه الحرية في مخالفة النص تزول إذا تعلق الأمر بقاعدة آمرة التي سد فيها المشرع كل مجال ومنفذ للمخالفة بالنظر لأهميتها ومدى صلتها بالنظام العام.

وجدير بالإشارة أن القاعدة ولو كانت مكملة تظل تتمتع بصفة الإلزام لأن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يخرجها من عداد القواعد القانونية. كما أن المشرع حين يقترح على الأفراد قاعدة لتنظيم مسألة معينة ويفسح أمامهم مجالا لمخالفتها واستبدالها بقاعدة أخرى يقرونها، لا يعني أنه خلع عنها صفة الإلزام بل تظل تتمتع بهذه الصفة فيلزم كل طرف في العلاقة بالخضوع لما تم الإتفاق عليه وفي حالة عدم

الإتفاق يطبق حكم المشرع لذلك قال أحد الفقهاء: «إن القواعد المكملة لا تنطبق إلا عند عدم انطباق قانون العقد»[1].

معايير التمييز:

أ- المعيار اللفظي: قد تدل عبارة النص وصياغته وألفاظه أن القاعدة القانونية الواردة به آمرة، كما لو صرح النص بعدم جواز الإتفاق على ما يخالف مضمونه، أو أبطل كل اتفاق على ما يخالف حكمه، أو عاقب من يخالف هذا الحكم، فتأتي القاعدة على هذا النحو مثلا بالصيغة التالية: لا يجوز، يقع باطلا لا يصح، يعاقب، يتعين، يلزم... وغير ذلك من الألفاظ ما يفيد الأمر أو النهي.

وقد تأتي بألفاظ تخالف الأولى فتحمل بين طياتها إجازة صريحة للأفراد لإقرار ما يخالف مضمون القاعدة فتحمل مثلا العبارات التالية: مالم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يجوز الإتفاق...

ويعتبر المعيار اللفظي معيارا جامدا لأنه يحدد طبيعة القاعدة كونها آمرة أو مكملة، تحديدا لا يحتاج إلى بذل أي مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية[2].

ب- المعيار المرن: تعتبر القاعدة آمرة وفق هذا المعيار ليس بالنظر لألفاظها وعباراتها، وإنما بالنظر لموضوعها فهي تحمل موضوعا له علاقة مباشرة بالنظام العام. ويقصد بالنظام العام كما قلنا مجموع المصالح الأساسية للمجتمع سواء كانت هذه المصالح سياسية أو خلقية أو اقتصادية أو إجتماعية[3]. فكل قاعدة تحمل بين طياتها موضوعا له صلة بالصلحة الأساسية للمجتمع في الجانب الخلقي أو الإجتماعي أو السياسي أو الإجتماعي اعتبرت قاعدة آمرة.

وغني عن البيان أن فكرة النظام العام اصطلاح شامل فضفاض يصعب تحديده خاصة أمام عدم وضوح ما يسمى بالمصالح العليا، وعدم ثبات المصلحة وتغيرها من زمن إلى زمن. كما تتأثر فكرة النظام العام بالاتجاه الفلسفي السائد في الدولة، وأمام جميع هذه التغيرات وجب بالتبعية أن يكون معيار النظام العام معيارا مرنا

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص86.
(2) الدكتور نبيل إبراهيم سعد والدكتور محمد حسين منصور، مبادىء القانون، المدخل إلى القانون ونظرية الإلتزامات، بيروت لبنان، دار النهضة العربية، 1995، ص69.
(3) الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص135.

يستوعب الكثير من القواعد أمام سعة مدلوله.

أمثلة عن القواعد الآمرة والمكملة في القانون الجزائري:

سبق القول أن المشرع وهو يخاطب الأشخاص يستعمل أحيانا أسلوب القاعدة الآمرة، وأحيانا أخرى أسلوب القاعدة المكملة. فإلى أي مدى تتواجد القواعد الآمرة والمكملة بين فروع القانون العام والخاص.

طبيعة قواعد القانون العام الداخلي:

أ- القانون الدستوري: تكفل القانون الدستوري بتبيان شكل الحكم في الدولة وتنظيم السلطات الثلاث وتحديد الحقوق والحريات الأساسية التي يتمتع بها الأفراد. وعليه فإن طبيعة هذا القانون تفرض أن يستعمل المؤسس الدستوري فقط القواعد الآمرة نسوق أمثلة من دستور 96.

المادة 36 «*لا مساس بحرمة حرية المعتقد*».

المادة 50 «*لكل مواطن تتوافر فيه الشروط القانونية أن ينتخب أو أن ينتخب*».

المادة 40 «*تضمن الدولة حرمة المسكن*».

المادة 44 « *لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية أن يختار بحرية موطن إقامته*».

فهذه الحقوق والحريات بالنظر لأهميتها كفلتها المواثيق الدولية وأكدتها النصوص الدستورية، ومن ثم لا يتصور أن يتنازل عنها الفرد ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك، ولم يكتف المشرع بأن رفع هذه الحقوق والحريات إلى مصف القواعد الدستورية، بل توج هذه الحماية بنصوص جزائية كما ذكرنا. وحتى القواعد الدستورية التي فصلت بين السلطات ورسمت صلاحية كل سلطة توجت بقاعدة جزائية جرمت فعل تجاوز السلطة. فالقضاة الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية يكونون عرضة للعقاب وكذلك إن تدخلوا في أعمال الوظيفة التنفيذية، وأعضاء السلطة التنفيذية الذين يتدخلون في أعمال الوظيفة التشريعية وهكذا[1].

ب- القانون الإداري: سبق القول أن القانون الإداري بالمفهوم الفني يعني مجموع القواعد التي تخضع لها الإدارة العامة سواء في تنظيمها أو نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات. وأن هذه القواعد لا مثيل لها في ظل روابط القانون

(1) أنظر المواد 116، 117، 118 من قانون العقوبات.

الخاص، فان النتيجة الحتمية التي ننتهي إليها أن المشرع عند تقييده للإدارة العامة ببعض القواعد القانونية[1] سيستعمل فقط القواعد الآمرة ذلك أنه من غير المعقول أن يرفع المشرع الأفراد إلى مرتبة الإدارة العامة ويخولهم سلطة فرض شروطهم. . إن اعتبار القانون الإداري وباجماع الفقه من فروع القانون العام يعني التسليم بفكرة إخضاع الإدارة لنظام قانون متميز غير معهود في مجال القانون الخاص، وصياغة هذا النظام لا تكون إلا بالقواعد الآمرة.

جـ ـ القانون الجنائي: لا شك أن المشرع حين يجرم أفعالا معينة ويصنفها في شكل جنايات وجنح ومخالفات ويحدد لها عقوبة أصلية وتكميلية وتبعية لا يخرج عن دائرة القواعد الآمرة، ذلك أن استعمال القواعد المكملة في مجال التجريم والعقاب، يترتب عنه إباحة أفعال جرمية تحت ظل إرادات الأفراد والإتفاقيات الخاصة وهو ما يمس بحق المجتمع في توقيع العقوبة على مقترف الفعل الجرمي.

ولقد سبقت الإشارة أن المجتمع حتى يسوده قدر من الإستقرار الاجتماعي والأمن العام، ينبغي أن يجرم فيه المشرع كل فعل يتبعه ضرر بالفرد أو الجماعة بالمفهوم الواسع. ولن يكون ذلك دون الاعتماد على القواعد الآمرة فهي التي تجرم أفعالا معينة وتحدد لها عقوبة توقع على المخالف دون الإكتراث بارادة الأفراد وإتفاقاتهم ولو كانت تتضمن إعفاءا من العقوبة.

ولعل استخدام القواعد الآمرة يفرض نفسه أكثر إذا أكدنا أن قواعد قانون العقوبات جاءت لتحمي من جهة أخرى القواعد الدستورية وقواعد الإدارة العامة وقواعد القانون المالي وكثير من قواعد القانون الخاص.

ولا نجد القواعد الآمرة في الجانب الموضوعي للقانون الجنائي فقط، بل تمتد للجانب الإجرائي. فمجموع القواعد التي تبين سلطة الضبطية القضائية وسلطة التحقيق الجنائي وما يتبعها من قواعد خاصة بالإنتقال والتفتيش والقبض وسماع الشهود والحبس الإحتياطي وإعادة التحقيق والقواعد الخاصة بجهات الحكم وإصدار الأحكام، لأن لها صلة وطيدة بالشق الموضوعي المشار إليه، وأنه من غير الممكن توقيع سلطة العقاب على الجاني دون اتباع الجوانب الإجرائية.

---

[1] نقصد ببعض القواعد أن المشرع لا يستطيع تقنين مختلف قواعد القانون الإداري بسبب عدم قابليته للتقنين

د ـ القانون المالي: إن الدولة حين تفرض ضريبة أو رسما تفرضها من موقع سيادي، وتستعمل من الوسائل القهرية ما يمكنها من تحصيل إيراداتها وتنمية الميزانية العامة. ولا خلاف أن هذا الموقع، وهذه الوسائل يقتضي استعمال القواعد الآمرة فلا يفتح المشرع بخصوص القانون المالي لإدارة الضرائب مجالا للتفاوض والمساومة مع مجموع الخاضعين للضريبة أو للرسم. ولايجعلها تقف موقف المساواة أمام الأفراد، بل فرض على هؤلاء واجبا ومكن الإدارة من ممارسة سلطة وزودها بأدوات قانونية ورفعها فوق مرتبة الأفراد وكل ذلك تم بقواعدة آمرة.

مثال جاء في المادة 3 من الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة: «*إن شركات الأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وكذلك شركات المحاصة تخضع للضريبة المترتبة على الأرباح الصناعية والتجارية مهما كان هدفها*.

إن المؤسسات الإشتراكية والدواوين والمؤسسات العمومية والاستغلالات الحكومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المصرفي تخضع للضريبة المترتبة على الأرباح الصناعية والتجارية المطبقة على شركات الأسهم التابعة لنفس القطاع من النشاط الاقتصادي».

طبيعة قواعد القانون الخاص:

أ ـ القانون المدني:

نماذج من القواعد الآمرة: جاء في المادة 40 من القانون المدني : «*كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية*» فنظرا لأهمية سن الرشد حدده المشرع بمقتضى قاعدة آمرة.

نصت المادة 378 من القانون المدني: «*يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك*». فهذه قاعدة آمرة لأن المشرع أبطل كل اتفاق يعفي البائع من مسؤولية ضمان المبيع.

جاء في المادة 426 من القانون المدني : «*إذا وقع الإتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا*». نظرا لما يحتله عنصر المشاركة في الأرباح والخسائر من أهمية بالنسبة لعقد الشركة فرض المشرع مراعاته بمقتضى قاعدة آمرة.

وجاء في المادة 434: «إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ما لم يوجد إتفاق يقضي بنسبة أخرى ويقع باطلا كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة فهذا النص فتح فيه المشرع للشركاء حرية الاتفاق على نسب تحمل ديون الشركة من الأموال الخاصة ولم يجز لهم صراحة إعفاء شريك معين من تحمل الديون.

نماذج من القواعد المكملة:

المادة 388: يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك بموجب هذا النص أجاز المشرع للبائع والمشتري إقرار قاعدة أخرى والاتفاق على تأجيل دفع ثمن المبيع في وقت لاحق للتسليم.

المادة 395: إن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك أجاز النص صراحة للبائع والمشتري أن يتفقا على أن يتحمل البائع نفقات تسليم المبيع فهذه قاعدة مكملة.

المادة 494: يلزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، وخص المشرع إعفاء المستأجر من تحمل هذا الإلتزام بشرط أن يكون هناك إتفاق يقضي بذلك فهذه أيضا قاعدة مكملة.

ب ـ الأحوال الشخصية: تكفل قانون الأسرة بتنظيم الخلية الأساسية في المجتمع من حيث ضبط وتحديد أركان عقد الزواج وإثباته وموانعه وآثار العقد وانحلال الزواج وآثار الإنحلال والنيابة الشرعية والأحكام الخاصة بالحجر شروطه وإجراءاته والأحكام الخاصة بالمفقودين والغائبين والكفالة وأحكام مالية تتعلق بتقسيم التركة وتحديد أصناف الورثة...

وبالنظر لخصوصية هذا القانون تعين على المشرع أن يستعمل كثيرا القواعد الآمرة، ذلك أنه من غير المتصور أن يفتح المشرع مجالا لأطراف عقد الزواج لمخالفة أركانه مثلا فيبيح للمرأة التنازل عن مهرها بموجب إتفاق خاص أو أن يعفي الزوج من واجب النفقة برضا الزوجة. إن هذه الرخص سينجر عنها دون شك نسف أحكام قانون الأسرة واستبدال القواعد الشرعية بقواعد من وضع البشر.

غير أن ذلك لايعني أن المشرع سد كل منفذ أمام إرادة الأفراد، بل رخص لهم في مواضع معينة فرض شروطهم وإبراز إرادتهم فلم يمنع في المادة 19 من قانون الأسرة الزوج والزوجة من أن يشترطا في العقد شروطا معينة دون المساس بالأحكام الشرعية.

جـ ـ القانون الدولي الخاص: لما كان القانون الدولي الخاص عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات ذات العنصر الأجنبي من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق وغيرها من المسائل التي أشرنا إليها مما يدخل في موضوعات هذا القانون، فان المشرع لا شك سيستعمل أسلوب القواعد الآمرة إذا تعلق الأمر بمسائل جوهرية تحكم هذه العلاقة المركبة، كما يستعمل أسلوب القواعد المكملة، ومن القواعد الآمرة في التشريع الجزائري ما تضمنته المادة 11 من القانون المدني بقولها: *«الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين»*.

فهنا أقر المشرع القانون الواجب التطبيق والقاعدة الواجبة الاتباع ولم يفتح مجالا للأفراد لإقرار واعتماد قاعدة أخرى، والحكمة لا ريب تكمن أنه عند الحديث عن المسائل المتعلقة بالزواج ينبغي اعتماد القواعد الآمرة، ويعتمد المشرع نفس القواعد عند صياغة قانون الجنسية. ومن القواعد المكملة ما تضمنته المادة 18 من القانون المدني إذ نصت على أن *«يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق آخر»*.

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع اعتمد قانون إبرام العقد كقاعدة فرعية أو قانون الإستقلالية[1] أي القانون الذي اختارته الأطراف المتعاقدة.

د ـ القانون التجاري: طالما تكفل القانون التجاري بأن يحكم فئة من أفراد المجتمع هي فئة التجار وينظم نوعا من الأعمال أطلق عليها بالأعمال التجارية، فان أحكامه تمتد لتشمل الأشخاص الطبيعيين والإعتباريين، فتشمل الأفراد كما تشمل الشركات الخاصة والمؤسسات التجارية ولو كانت تابعة للدولة.

ومن هنا تعين على المشرع أن يستعمل القواعد الآمرة أحيانا، ويفسح المجال لأطراف العلاقة لإقرار قاعدة غير القاعدة التي سنها أحيانا أخرى.

---

(1) راجع بخصوص تحليل هذه المادة، الدكتور محند إسعد، المرجع السابق، ص362،
ـ الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص106.

أمثلة:

المادة 9 : «كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاولة أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا».

فهذه قاعدة آمرة لأن المشرع فرض من خلالها التزام يقع على عاتق التاجر كما فرضت المادة 11 من ذات القانون على التاجر مسك دفتر الجرد.

المادة 19: «يلزم بالتسجيل في السجل التجاري»:

1 ـ كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري.

2 ـ «كل شخص معنوي تاجر...»

فهذه قاعدة آمرة لأن المشرع فرض بمقتضاها التزاما على كل من يحمل صفة التاجر أو يمارس عملا تجاريا بالتوجه للإدارة المعنية بقصد تسجيل نفسه، بل ورتب على هذا التسجيل بمقتضى المادة 21 إضفاء الصفة الرسمية على التاجر بما يلحقها من حقوق والتزامات.

ومن القواعد الآمرة التي تضمنها القانون التجاري المادة 79 التي أوجبت الرسمية في حالة بيع أو وعد بالبيع للمحل التجاري ورتبت على تخلف الرسمية بطلان التصرف.

ومن أمثلة القواعد المكملة في القانون التجاري ما جاء في المادة 188 منه بقولها: «يحظر أي إيجار كلي أو جزئي من الباطن إلا إذا اشترط خلاف ذلك بموجب عقد الإيجار أو موافقه المؤجر». واضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يكن باتا في منعه بل فتح مجالا لسلطان الإرادة لتبيح الإيجار من الباطن.

هـ ـ القانون البحري: تضمنت قواعد القانون البحري نصوصا آمرة وأخرى مكملة، ومن القواعد الآمرة نص المادة 16 من الأمر رقم 80/76 المشار إليه والتي أوجبت أن يكون للسفينة إسما يوضع على مقدم كل طرف منها. ونص المادة 34 التي أوجبت تسجيل السفن في دفتر التسجيل الذي تشرف عليه السلطة الإدارية، ونص المادة 49 التي أوجبت الرسمية في العقود المنشئة أو الناقلة لحق الملكية والحقوق العينية الأخرى وفرضت تسجيل الحق في سجل السفن.

ومن القواعد المكملة ما ورد في المادة 633 من القانون البحري: «يتعين على السمسار البحري عند تعاقده كوسيط بالعمل في حدود الصلاحيات المعطاة إليه وطبقا للتعليمات المدرجة في وكالته ويحق له أن يستلم باسم موكله جميع المبالغ المستحقة عن كل تعاقد مبرم إلا إذا اشترط على ما يخالف ذلك في الوكالة» ومنه يتضح أن المشرع رخص لطرفي عقد الوكالة تقييدها في حدود معينة[1].

و ـ قانون العمل: سبق القول أن العلاقة بين العمال وأصحاب العمل خضعت خلال مدة زمنية طويلة لمبدأ سلطان الإرادة، وهو مكن كل طرف في عقد العمل من أن يفرض شروط، وقد نتج عن قانون الإرادة إلحاق بالغ الضرر بطائفة العمال وهو ما فرض على الدولة التدخل في علاقة العمل لتفرض نصوصا تمس الأجر وظروف العمل وحقوق العامل وغيرها. ولايمنع هذا التدخل أطراف العلاقة من فرض شروط أخرى، وتأسيسا على ذلك سيكون قانون العمل عبارة عن خليط من القواعد الآمرة والمكملة خاصة إذا تعلق الأمر بتنظيم علاقة العمل في القطاع الخاص.

ز ـ قانون الإجراءات المدنية: لا شك أن قانون الإجراءات المدنية بالنظر لخصوصيته يتضمن قواعد آمرة وأخرى مكملة ومن القواعد الآمرة تلك المتعلقة بالإختصاص النوعي والمكاني[2]، فهي مسائل تتعلق بتنظيم السلطة القضائية ولا يمكن للمشرع أن يعترف للأفراد بالإتفاق على ما يخالفها. فاذا قررت القاعدة القانونية أن المحكمة المختصة في دعاوى الطلاق هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية[3]، فلا يمكن للزوجين الإتفاق على ما يخالف مضمونها.

ومن القواعد الآمرة أيضا النصوص المتعلقة بالأحكام وتبليغها والطعن ومواعيد وإجراءاته وتنفيذ الأحكام والقواعد الخاصة برد القضاة ومخاصمتهم وغيرها.

ومن القواعد المكملة التي تضمنها قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي أين اعترف المشرع صراحة لأطراف العلاقة التجارية ذات العنصر الأجنبي بتنظيم نزاعاتها القائمة والمستقبلية، بمقتضى اتفاقية التحكيم[4]. وعليه بعرض النزاع في حالة حدوثه على المحكم أو المحكمين المتفق عليهم في العقد.

---

(1) أنظر أيضا نص المادة 647 من القانون البحري.

(2) أنظر المادة الأولى وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

(3) أنظر المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية.

(4) أنظر المادة 458 وما بعدها من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المتضمن تعديل القانون الإجراءات المدنية.

الفصل الثالث

مصادر القانون

مصـــادر القـانـون

لا تنشأ القاعدة القانونية من عدم، بل إن لها مصدر مادي تستمد منه مادتها، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها وإلزامها كقاعدة منظمة لشأن من شؤون الحياة.

والمصادر المادية متعددة، فقد يقصد بها العوامل المختلفة التي أدت إلى وجود القاعدة القانونية سواء كانت هذه العوامل طبيعية أو سياسية أو اجتماعية أو خلقية أو دينية أو اقتصادية. وقد يقصد بالمصادر المادية كذلك الأصل التاريخي الذي إستمد منه القانون[1] وتخرج هذه الطائفة من المصادر من نطاق دراستنا.

أما المصادر الرسمية فهي المصادر التي يستمد منها القانون قوته الملزمة ويصبح واجب التطبيق، وهي تختلف باختلاف المجتمعات والعصور. ففي المجتمعات القديمة لعبت القواعد العرفية والقواعد الدينية الدور الأساسي في تنظيم الروابط والعلاقات. أما اليوم فقد تزحزح العرف ليترك المجال لمصدر آخر هو التشريع، فأغلبية النظم تجعل للتشريع المصدر الريادي فتلزم القاضي باللجوء إليه واعتماده كقاعدة مرجعية للفصل في النزاع المعروض عليه، بينما فضلت نظم أخرى أن تجعل للسوابق القضائية المقام الأول.

ورجوعا للمادة الأولى من القانون المدني نجدها قد نصت: «*يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها*

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف.

فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

ومن النص أعلاه يتبين لنا أن المصادر الرسمية في القانون الجزائري جاءت مرتبة ترتيبا يلزم القاضي بالعمل به، فيبحث أولا في التشريع، فان خلا من الإشارة لما يحكم العلاقة التي بين يديه، لجأ لمبادئ الشريعة، وهكذا وفي ضوء الترتيب المذكور للمصادر الرسمية سنعمد إلى تخصيص مبحث لكل مصدر.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص61.

المبحث الأول: التشريع

تعريفه وأهميته:

التشريع هو وضع قواعد قانونية في نصوص تنظم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بواسطة السلطة المختصة وطبقا للإجراءات المقررة لذلك[1]. فبواسطة التشريع توضح السلطة المختصة للمخاطبين بالقاعدة القانونية النص الذي تخضع له العلاقة وهذا يكون باعتماد أسلوب الكتابة. ولقد عرفت المجتمعات القديمة ظاهرة التشريع كمجموعة حامورابي في بابل وقانون دراكون وقانون صولون في أثينا والألواح الإثنى عشر في روما وكذلك مجموعة جوستنيان، وقانون بوخريس في مصر وغيرها.

والتشريع هو المصدر الرسمي عندنا وفي معظم قوانين الدول الحديثة، ولم يكن كذلك فيما مضى إذا كان العرف هو الذي يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون، ويرجع السبب في اعتماد التشريع وفي تدوين القواعد القانونية، إلى تشعب العلاقات كما تعقدت الروابط الاجتماعية وأصبحت تتطلب كثرة القواعد التي تحكمها بحيث لم يعد بامكان العرف وهو مصدر بطيء أن يساير تطور العلاقات والروابط الاجتماعية فأضحى من اللازم الإلتجاء إلى مصدر سريع يواكب هذا التطور وهذا المصدر هو التشريع. ومما زاد في أهمية التشريع أن السلطة أصبحت اليوم بيد الدولة ويلزمها لتسيير شؤون الأفراد إستخدام أداة ووسيلة التشريع. ويلزم القاضي بتطبيق التشريع ولو كان غامضا أو مبهما إذ يتعين عليه في مثل هذه الحالة أن يكشف عن مقصد المشرع.

مزايا التشريع:

1- **التشريع يتضمن من حيث الأصل قواعد واضحة:** إن من أهم مميزات التشريع أنه يتضمن قواعد قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية وصدور التشريع في وثيقة مكتوبة يحقق له مزايا كثيرة جعلته يتميز عن بقية المصادر، من هذه المزايا أن الكتابة تمكن الأفراد من معرفة تاريخ سريان القاعدة القانونية ومجال تطبيقها

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص65.

ومضمونها كما يمكن للقاضي معرفة ألفاظ القاعدة ومقصد المشرع من خلالها، وبذلك تأتي القاعدة محددة واضحة لتمكن الأفراد من معرفة ما لهم وما عليهم فتساهم في إرساء دعائم السلم الاجتماعي وبعث الاستقرار بين أفراد المجتمع الواحد.

ويعود مرد الوضوح إلى صدور القاعدة عن أشخاص مختصين بعد فحص مضمونها ومناقشتها وإدخال التعديلات الضرورية عليها لتظهر في النهاية في أحسن صورة، ولا يعني ذلك أن القاعدة القانونية لا تثير صعوبات وإشكالات بشأن تطبيقها، وإنما يعني أن إشكالات التطبيق تكون أقرب للحل مقارنة بالقاعدة العرفية طالما كانت ألفاظ القاعدة واضحة محددة دقيقة.

2- **التشريع أداة لتحقيق وحدة القانون:** إن صدور التشريع عن السلطة المختصة في شكل قواعد مكتوبة يسمح دون شك للجهة المصدرة له من التعبير عن إرادتها تعبيرا واضحا دقيقا من حيث الصياغة القانونية بما يؤدي إلى اجتناب الكثير من الغموض والإضطراب بخصوص تنظيم بعض العلاقات والمعاملات.

ومن هنا تمكنت السلطة المختصة باعتماد القواعد المكتوبة أن تضمن خضوع الأفراد بخصوص العلاقة الواحدة لتنظيم واحد وقاعدة واحدة. فاذا أصدرت السلطة المختصة قانونا مدنيا فانه يخضع له جميع المعنيين به ويدخل تحت طي أحكامه ومجاله مختلف المعاملات المدنية من بيوع وإيجار ورهون وشركات وإعارات...

وبتطبيق هذا النظام الواحد يشهد المجتمع نوعا من التجانس والتواتر والإطراد في تنظيم العلاقة الواحدة.

3- **التشريع مصدر يستجيب بسرعة لضرورات المجتمع:** سبق البيان أن القواعد القانونية لاتثبت على حال واحد، بل إن يد المشرع تتحرك كلما إستجدت الظروف وإقتضى الأمر إصدار نص أو تعديلة أو إلغائه. ومهما أخذت القاعدة القانونية المكتوبة من زمن لتحضيرها أو إصدارها، مع اختلاف بين نص تشريعي وآخر تنظيمي، فإن هذه المدة مهما طالت تظل قصيرة مقارنة بظهور قواعد أخرى كالقاعدة العرفية.

4- **التشريع يصدر عن سلطة عامة:** إن القاعدة القانونية المكتوبة لا تتكون وتظهر للوجود بصفة آلية بل هي قاعدة تتولى وضعها سلطة عامة مختصة

في الدولة[1] وتتكفل القاعدة الدستورية بتبيان السلطة التي يعود إليها أمر سن التشريع مع اختلاف بين التشريع الأساسي والعادي والفرعي كما سنتبين ذلك لاحقا.

5ـ **التشريع يمكن السلطة من الاستعانة بقوانين أجنبية:** لجأت دول كثيرة إلى استعارة القواعد القانونية واقتباسها من نظم قانونية أخرى[2]، وهذا طبعا بعد مراعاة ظروف المجتمع ومصلحته وطبيعة نظام الحكم.

عيوب التشريع: إذا كان التشريع يتمتع بالمزايا التي أشرنا إليها سابقًا، فان الفقه عاب عنه جملة من العيوب لعل أبرزها ما يلي:

1 ـ إن التشريع طالما صدر عن السلطة فقد يكون غير ملائم لظروف المجتمع[3]. وقد رد البعض أن السلطة المختصة باصدار التشريع في الدولة تتكون من أفراد الشعب وأنها تعمل لصالحه.

2 ـ عاب البعض على التشريع أنه جامد لا يتماشى وتطور المجتمع خلافا للقاعدة العرفية التي يتسبب في إنشائها ضمير الجماعة، ويرد على هذا الرأي أن السلطة المختصة بالتشريع إذا ما رأت عدم صلاحية القاعدة لظروف المجتمع وتطوره فانها تبادر إلى تعديله أو إلغائه.

3 ـ يؤخذ على التشريع استعمال مصطلحات دون تحديد معناها كعبارة حسن النية وسوء النية[4]، وعبارة المصلحة العامة والنظام العام والخطأ الجسيم إن هذه العبارات تحمل مفهوما واسعا ومدلولا في غاية من الشمولية والإطلاق.

ونعتقد أن هذه العبارات وغيرها هي التي تضفي على العلوم القانونية طابعا خاصا فتفتح المجال للفقه والقضاء ليدلي كل بموقفه واجتهاده. ومن ثم تنقلب من عيب في نظر البعض إلى ميزة تطبع هذا العلم، ورغم المزايا الكثيرة التي يتمتع بها التشريع الا أنه وبعد ظهور مجموعة نابليون قامت في ألمانيا حركة تنادي بتقنين

(1) الدكتورة هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص81.
(2) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص60.
ـ بخصوص الإقتباس أشار الدكتور علي علي سليمان أن القانون المدني المصري إستمد أحكامه من نحو 20 تشريعا إلى جانب ما أخذه من الشريعة الإسلامية.
ـ راجع الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص6.
(3) الدكتور خليل أحمد قدادة، المرجع السابق، ص78.
(4) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص60.

القانون المدني الألماني. ولقي هذا الإتجاه معارضة شديدة من جانب الفقيه سافيني سنة 1814 على أساس أن القانون ظاهرة اجتماعية متطورة يتأثر في نشوئه وتطوره بالظروف الاجتماعية، ومن ثم فطبيعته تتناقض مع تجميده في شكل نصوص. ويمتد الجمود حتى لمجال التفسير، إذ سوف يكتسب التقنين قداسة بسبب ما بذل فيه من جهد فيقتصر عمل الشراح والقضاة على التفسير اللفظي الأمر الذي يتعارض مع ما يجب أن يكون للقانون من مرونة يجاري بها تطور المجتمع[1].

والحقيقة أن هذا الفقيه بالغ في محاربة ظاهرة جمع النصوص وتقنينها وحكم على التشريع انه يؤدي إلى الجمود، ونزع كل سلطة تقديرية للقضاة وإذا كان القانون ظاهرة تحكم المجتمع الإنساني، فان هذا الهدف يقتضي أن تتغير القاعدة القانونية كلما تطلبت مصلحة المجتمع ذلك.

أنواع التشريع: يملك الشعب عادة سلطة تأسيسية لسن أعلى قاعدة تشريعية وهي الدستور أو ما يطلق عليه بالتشريع الأساسي. وتملك السلطة التشريعية في الدولة سن القوانين التي تمس مختلف جوانب الحياة وتنظيم شؤون الأفراد وذلك بالكيفية والإجراءات التي حددتها القاعدة الدستورية وفي نطاق ما اعترفت به من صلاحيات ويملك أعضاء السلطة التنفيذية إصدار تشريعات وذلك بالنظر لصفتهم ومركزهم القانوني مع اختلاف بين من حيث الدرجة بين تشريع وآخر، نفصل هذا التدرج فيما يلي:

أولا ـ التشريع الأساسي أو الدستور:

مكانة الدستور بين القواعد القانونية: لا تتمتع القواعد القانونية في كل دولة بدرجة الزامية واحدة، فليس الدستور كالقانون، وليس القانون كالمرسوم وهكذا... فالدستور يحتل أعلى درجة في النظام القانوني للدولة ومنه تستمد القوانين العادية والفرعية قوتها. فالسلطة التشريعية ما كان لها أن تناقش القانون العادي وتصادق عليه لولا القاعدة الدستورية التي اعترفت لها بممارسة هذه الصلاحية، والسلطة التنفيذية ما كان لها أن تصدر النص وتعطي أمرا بتنفيذه لولا

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع نفسه، ص61.

ويعود سر سمو القاعدة القاعدة الدستورية التي مكنتها من إستعمال هذه السلطة.
الدستورية عن بقية القواعد من وجهة نظرنا إلى سببين:

1-طريقة إعداد الدستور أو القانون الأساسي: تختلف طريقة إعداد
الدساتير عن طريقة إعداد القوانين العادية والنصوص التنظيمية، وهذا تبعا لنظام
الحكم السائد في الدولة. فقد يظهر الدستور كمنحة من الملك إلى رعيته (أسلوب
المنحة)، وقد يكون بمثابة عقد بين الحاكم والشعب (أسلوب العقد). وقد ينتخب
الشعب هيئة معينة يعود لها صلاحية إقرار وثيقة دستورية (أسلوب الجمعية
التأسيسية). وقد يتحكم الشعب مباشرة في إعداد هذا القانون الأساسي بطريقة
الإستفتاء[1]. والطريقة المتبعة في الجزائر هي طريقة الإستفتاء إذ تم اعتمادها في
إعداد مختلف الدساتير[2].

وطالما شاركت القاعدة الشعبية الواسعة أو سلطة الشعب في تزكية وإقرار
الوثيقة الدستورية بطريقة مباشرة ودون وساطة أو تمثيل، وجب أن تحتل الوثيقة
الدستورية المكانة السامية والدرجة الرفيعة بالنظر للطريقة التي أعدت بها.

2- مضمون القانون الأساسي: يختلف مضمون الدستور عن مضمون القوانين
العادية والفرعية. فالدستور يكترث كما أسلفنا بتنظيم مسألة جوهرية هي سلطات
الدولة الثلاث وعلاقة كل سلطة بالأخرى. كما يتضمن مجموع الحقوق والحريات
الأساسية التي يتمتع بها الأفراد، وليس ثمة موضوع أعلى درجة من حيث الأهمية
من الموضوعات التي تعالجها القاعدة الدستورية، فهي تتضمن موضوعا متميزا لذا
إحتل الدستور مكان الصدارة.

العلاقة بين الدستور والقوانين العادية واللوائح التنظيمية:

سبق القول أن القاعدة الدستورية تحتل مكان الصدارة في هرم النظام القانوني،
وأنها تتضمن من حيث الموضوع مسألة متميزة. ورغم هذا التمييز تظل العلاقة بين
القاعدة الدستورية والقوانين العادية واللوائح التنظيمية وطيدة. فعندما تقر القاعدة

(1) لتفصيل أكثر راجع الدكتور سعيد أبو الشعير، المرجع السابق، ص149.
(2) أنظر على سبيل المثال، المادة 7 من دستور 96.

الدستورية أن حق الانتخاب مضمون[1]، فمن يتكفل بتنظيم قواعد الانتخاب بتحديد
الهيئة الانتخابية وشروط الناخبين وإجراءات الانتخاب وتواريخها والطعن في
نتائجها؟ هي قواعد القانون العادي[2]، والنصوص التنظيمية أيضا[3].

وحين تعرف القاعدة الدستورية بأن حق الملكية مضمون، فمن يعود له أمر تنظيم
قواعد الملكية على اختلاف أنواعها، ومن يتكفل بحماية حق الملكية؟ هي قواعد
القانون العادي وهي النصوص التنظيمية.

وعندما تعترف القاعدة الدستورية بأن حق التقاضي أو الحق النقابي أو الحق في
الإضراب أو حق إنشاء الأحزاب معترف به، فان مجموع هذه الحقوق الفردية
والجماعية يحتاج إلى نصوص تفصيلية تنظمها ولا يكون ذلك الا بواسطة القوانين
والنصوص التنظيمية.

سيادة الدستور وسموه وسبيل حمايتها: سيادة الدستور مبدأ مسلم به
في الأنظمة الديمقراطية سواء كانت ملكية أو جمهورية[4]، ويقصد به أن يخضع
الجميع حكاما ومحكومين لأحكام الدستور مادام هو القاعدة التي يتركز عليها
النظام القانوني، ومادام هو الذي ينشئ السلطات العامة ويحدد إختصاصاتها،
وعليه لا يجوز لتلك السلطات أن تخالف أحكامه فيما يصدر عنها من تصرفات وإلا
تخلت عن سندها القانوني[5].

والأصل في الدستور الثبات فلا يتغير الا لأسباب موضوعية ولا يحدث ذلك إلا
في فترات زمنية متباعدة، وفي حالات التغيير الذي قد يمس شكل الدولة وتنظيم
السلطات[6].

(1) أنظر المادة 50 من دستور 96.
(2) أنظر القانون رقم 13/89 المؤرخ في 7 أوت 1989 المتعلق بقانون الانتخابات المعدل والمتمم.
(3) أنظر على سبيل المثال المرسوم التنفيذي رقم 356/96 المؤرخ في 21 أكتوبر 1996 المحدد للمميزات التقنية لورقتي التصويت الخاصتين بالإستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، وكذلك قرار وزير الداخلية الصادر في 22 أكتوبر 1996 المنظم لذات المسألة.
(4) الدكتور أبو زيد علي المتيت، النظم السياسية والحريات العامة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1984، ص323.
(5) الدكتور علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، الإسكندرية. دار الجامعات المصرية، 1978، ص40
(6) الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص47.

ولما كانت القاعدة الدستورية تحتل مكان الصدارة وجب أن لا تخالفها قاعدة قانونية أقل منها درجة، فما تقره القاعدة الدستورية وجب أن لاينقض وينسخ بقاعدة من القانون العادي أو نص تنظيمي. ومن هنا تعين من حيث المنطق إبطال كل نص يخالف القاعدة الدستورية في مضمونه وتعرف هذه العملية في علم القانون بالرقابة على دستورية القوانين ذلك أن لم يعد يكفي لضمان الحقوق والحريات أن يرد ذكرها في الدساتير صراحة، بل يخشى على هذه الحقوق والحريات أن تداس أو أن تخدش بنصوص تدنو القاعدة الدستورية في قوتها، لذا وجب تحصينها ولا سبيل إلى ذلك إلا باعتماد نظام الرقابة على دستورية القوانين[1].

وقد أسند المؤسس الدستوري[2] مهمة الرقابة على الدستورية لمجلس دستوري يتكون من تسعة أعضاء، ثلاث من بينهم رئيس يعينهم رئيس الجمهورية وإثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني وإثنان ينتخبهما مجلس الأمة وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة[3].

واعترفت القاعدة الدستورية للمجلس الدستوري بسلطة الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين العضوية والقوانين والتنظيمات وذلك إما بموجب رأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية[4].

ثانيا- المعاهدات:

المعاهدات اتفاقيات تعقدها الدول فيما بينها بغرض تنظيم علاقة قانونية دولية وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة[5]. فالمعاهدة باعتبارها مجموعة قواعد مكتوبة أعدت بطريقة معينة وتم وضعها لتنظم علاقة الدولة بغيرها من الدول. وتعد جزاءا من التشريع، وقد اعترف المؤسس الدستوري للمعاهدات المصادق عليها

(1) لتفصيل أكثر في الموضوع راجع الدكتور علي السيد الباز، المرجع نفسه، ص42 وما بعدها.
(2) أنظر المادة 163 من دستور 96 ويقابلها المادة 153 من دستور 1989.
(3) أنظر المادة 164 من دستور 1996 ويقابلها المادة 154 من دستور 1989.
(4) أنظر المادة 165 من دستور 1996 ويقابلها المادة 155 من دستور 1986.
(5) الأصل في رأي الكثير من الكتاب أن ينصرف لفظ المعاهدات بصفة خاصة إلى الاتفاقيات الدولية ذات الطابع السياسي كمعاهدات الصلح والتحالف. أما ما تبرمه الدولة في غير الشؤون السياسية فيطلق عليه اتفاقية. والواقع أن مؤدى هذه الألفاظ جميعها واحد وتدور حول فكرة. - الدكتور علي صادق أبو هيف، المرجع السابق، ص523.

من قبل رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور بدرجة السمو على القانون. غير أن لمرتبتها الرفيعة هذه ودرجة إلزام أحكامها لا تحصنها ضد رقابة المجلس الدستوري[1]. وعادة يتم إبرام المعاهدات[2] على مراحل أساسية تبدأ بالمفاوضات والإتصالات بين الوفود الرسمية للدول ثم تتوج بصياغة النص النهائي للمعاهدة بعد الإتفاق على الشكل والموضوع وتحال بعدها للتوقيع ثم المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية وأخيرا يتم تسجيلها[3].

وينبغي الإشارة أنه في مجال المعاهدات لا يصوت على مشروع المعاهدة مادة بمادة كما هو الحال في الوضع المألوف بالنسبة للتشريع العادي، بل يتعين التصويت على المشروع جملة أو رفضه أو تأجيله مع التعليل[4].

وهذا ما يفهم من نص المادة 131 من دستور 96 والذي جاء فيه: «*يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم والتحالف والإتحاد والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة*».

فعبارة «*بعد أن توافق عليها كل غرفة في البرلمان*» توحي صراحة أن البرلمان لا يملك التعديل بل يملك سلطة القبول أو التصويت وسلطة الرفض أو التأجيل، وهو ما ورد أيضا صراحة في المادة 76 من الأمر 01/94 المتضمن تنظيم المجلس الوطني الانتقالي بقولها: «*لا يمكن التصويت على مواد مشروع الأمر المتضمن الموافقة على الإتفاق أو المعاهدة التي عرضت على المجلس الوطني الإنتقالي مادة بمادة ولا يمكن إدخال تعديلات عليها.*

يقرر المجلس الوطني الإنتقالي التصويت على مشروع الأمر أو رفضه أو تأجيله على أن يكون الرفض أو التأجيل معللا».

(1) جاء في المادة 132 من دستور 1996 «المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون».
(2) نصت المادة 77 من دستور 1996 على أن رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويصادق عليها.
(3) لتفصيل أكثر راجع على سبيل المثال محمد محيي الدين، المرجع السابق، ص26 وما بعدها.
(4) أنظر المادة 104 من القانون 12/89 المذكور.

ثالثا- التشريع العادي (القانون): [illegible]

التشريع العادي هو التشريع الحقيقي بالمعنى الفني لهذا الإصطلاح ويطلق عليه بالقانون وإطلاق إسم القانون على التشريع هو من قبيل إطلاق الكل على الجزء لتبيان أهمية الجزء. فالقانون يشمل التشريع كما يشمل قواعد العرف، والذي يبرر إطلاق الكل على الجزء هو أن القواعد التشريعية أكثر أهمية وعددا من القواعد الأخرى الصادرة عن العرف أو القضاء[1].

و التشريع من إختصاص السلطة التشريعية التي تحدد القاعدة الدستورية تكوينها ومدتها ودوراتها ونظام جلساتها وصلاحياتها. وفي الجزائر يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة[2]. يتكون المجلس الشعبي الوطني من أعضاء منتخبين عن طريق الإقتراع العام المباشر والسري. أما مجلس الأمة ينتخب ثلثي أعضائه بطريق الإقتراع غير المباشر والسري من بين ومن طرف أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية، ومن ثلث آخر معين من قبل رئيس الجمهورية من بين الشخصيات والكفاءات الوطنية في المجالات العلمية والثقافية والمهنية والاقتصادية والاجتماعية، وعن عدد أعضاء مجلس الأمة فينبغي ألا يتجاوز نصف عدد أعضاء المجلس الشعبي الوطني[3].

[illegible]

[illegible] المبادرة بالتشريع: لا ينشأ التشريع من عدم بل لابد له من يد أو [illegible] تقدمه حتى تتم مناقشته والمصادقة عليه، ويعود للقاعدة الدستورية أمر تحديد من يخول لهم دستوريا حق الإيداع والمبادرة بالتشريع، ورجوعا للمادة 119[4] من الدستور نجدها قد نصت على أن *«لكل من رئيس الحكومة والنواب حق المبادرة بالقوانين تكون اقتراحات القوانين قابلة للمناقشة إذا قدمها عشرون نائبا»*.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص309.

(2) أنظر المادة 98 من دستور 96.

(3) أنظر المادة 101 من دستور 96.

(4) تقابلها المادة 113 من دستور 1989 والمادة 148 من دستور 1976 والتي اعترفت بحق المبادرة لرئيس الجمهورية وعشرون نائبا، وتقابلها المادة 36 من دستور 1963 التي قصرت المبادرة على رئيس الجمهورية ونواب المجلس الوطني.

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة ثم يودعها رئيس الحكومة مكتب[1] المجلس الشعبي الوطني».

ومنه يفهم أن المبادرة حق دستوريّ مخول للسلطتين التشريعية والتنفيذية غير أنه اصطلح على تسمية النص المقدم من طرف السلطة التنفيذية بمشروع قانون (Projet de loi) وما يقدم من طرف السلطة التشريعية يسمى اقتراح قانون (Proposition de loi).

وحتى يتم قبول مشروع القانون أو إقتراح القانون يجب أن يرفق ببيان أسباب تبرر عرضه للمناقشة وأن يحرر في شكل مواد وهذا ما نصت عليه **المادة 20 من القانون العضوي رقم 99 - 02 المؤرخ في 8 مارس 99 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.**

وإستنادا لنص المادة 119 من الدستور تحال مشاريع القوانين أولا على مجلس الدولة باعتباره هيئة مشورة في مجال التشريع[2] ليتداول بشأن الأمر المرفوع إليه ثم يعرض المشروع على مجلس الوزراء تحت رئاسة رئيس الجمهورية. ويمكن للحكومة حين إيداعها للمشروع أن تلح على إستعجاليته كما يمكنها أن تسحب المشروع في أي وقت قبل أن يصوت عليه[3]. وفور إطلاع مكتب المجلس الشعبي الوطني على إقتراح القانون يبلغ الحكومة التي تبدي رأيها فيه في خلال شهرين فإن تجاوزت هذه المدة حق لرئيس المجلس الشعبي الوطني إحالة إقتراح القانون للجنة المختصة، وتجدر بالإشارة إن الحكومة بإمكانها الإعتراض على إقتراح القانون إذا كان يدخل في سياق المادة 121 من الدستور والتي نصت صراحة: "لا يقبل إقتراح أي قانون مضمونة أو نتيجة تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية إلا إذا كان مرفوقا بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة...وهذا أمر طبيعي حتى لا يهتز الوعاء المالي للدولة وتسقط كل تقديرات الحكومة فيما يخص الجانب المالي.

---

(1) اعترفت المادة 150 من دستور 1976 المجالس الشعبية البلدية وللمجالس الشعبية الولائية بحق رفع إلتماس إلى الحكومة ويعود لها أمر صياغته في شكل مشروع قانون.

(2) أنظر المادة 12 من القانون العضوي رقم 98 - 01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بإختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله

(3) أنظر المادة 22 من القانون العضوي 99 - 02

2ـ **مرحلة الدراسة والفحص:** تعرض مشاريع القوانين من طرف رئيس الحكومة على مكتب المجلس الشعبي الوطني مرفوقة بعرض أسباب [1]. وتودع اقتراحات القوانين من قبل عشرين نائبا على الأقل مدعمة ببيان الأسباب وبتوقيعات أصحابها أمام نفس المكتب.

ويجدر التنبيه أن مكتب المجلس الشعبي الوطني يتكون من رئيس المجلس الشعبي الوطني بالإضافة إلى نوابه الثمانية وهذا ما نصت عليه المادة 21 من النظام الداخلي للمجلس.

ويتولى مكتب المجلس إحالة المشروع أو الإقتراح للجنة المختصة التي تتولى دراسته بعد سماع ممثل الحكومة ومندوب أصحاب الإقتراح. ويحق لها الإستعانة بالخبرات من خارج المجلس.

ويتكون المجلس الشعبي الوطني من اللجان التالية:

- لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات
- لجنة الشؤون الخارجية والتعاون والجالية
- لجنة الدفاع الوطني
- لجنة المالية والميزانية
- لجنة الشؤون الإقتصادية والتنمية والصناعة والتجارة والتخطيط.
- لجنة التربية والتعليم العالي والشؤون الدينية
- لجنة الفلاحة والصيد البحري وحماية البيئة
- لجنة الثقافة والإتصال والسياحة
- لجنة الشؤون الإجتماعية والعمل والتكوين المهني
- لجنة الإسكان والتجهيز والري والتهيئة العمرانية
- لجنة النقل والمواصلات والإتصالات السلكية واللاسلكية
- لجنة الشباب والرياضة والنشاط الجمعوي.

وغني عن البيان أن عدد اللجان داخل المجلس غير ثابت. وبالتالي يجوز التخفيض من عدد اللجان أو زيادتها كلما تطلب الأمر ذلك. كما أن إختصاصات جميع اللجان تغطي إختصاصات المجلس ككل على الصعيدين الداخلي والخارجي [1].

(1) لمعرفة إختصاصات كل لجنة راجع الجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 1997

ويتم إستدعاء اللجان الدائمة [1] أثناء الدورة من قبل رؤسائها وفيما بين الدورات يستدعي رئيس المجلس الشعبي الوطني اللجنة حسب جدول أعمالها، ولا يمكن للجنة أن تجتمع عند إنعقاد جلسات المجلس الشعبي الوطني إلا بغرض المداولة في مسائل مستعجلة وهذا ما قضت به المادة 48 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ويحق لرئيس المجلس الشعبي الوطني ونوابه حضور أشغال أي لجنة دون المشاركة في التصويت. وفور إنهاء عملها تقوم اللجنة المختصة إعداد تقرير تضمنه رأيها في الأمر المرفوع إليها.

3ـ **مرحلة المناقشة والتصويت على مستوى الغرفة الأولى:** تنصب مناقشة المجلس الشعبي الوطني بعد سماع تقرير ممثل الحكومة أو مندوب أصحاب الإقتراح وممثل اللجنة المختصة على النص المعروض للمناقشة. وبعد أخذ ورد يلجأ للتصويت.

فالتصويت على هذا النحو مرحلة حاسمة بموجبه يتضح مصير النص بين المصادقة عليه بالأغلبية التي حددها القانون وهي الأغلبية المطلقة [2] أو إلغائه إذا لم تتحقق هذه الأغلبية ويتم التصويت بالإقتراع العام أو بالإقتراع السري كما يمكن أن يتم بالإقتراع العام بالمناداة الإسمية تبعا لما يقرره مكتب المجلس الشعبي الوطني [3].

أشكال التصويت: طبقا للقانون العضوي رقم 99 - 02 المؤرخ في 8 مارس 1999 المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة فان التصويت يتخذ ثلاثة أشكال التصويت مع المناقشة العامة التصويت مع المناقشة المحدودة التصويت دون مناقشة.

أ- التصويت مع المناقشة العامة: وهو الإجراء العادي لدراسة مشاريع وإقتراحات القوانين. فالقاعدة العامة في مجال صناعة التشريع أن النص التشريعي

(1) جاء في المادة 59 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني يمكن للمجلس الشعبي الوطني أن ينشئ لجانا خاصا في المسائل العامة عند الضرورة وبناءا على لائحة يصادق عليها المجلس.

(2) مالم تفرض أغلبية أخرى ومثال هذه الحالة ما نصت عليه المادة 136 من الدستور فيما يخص ملتمس الرقابة حيث فرضت أغلبية ثلثي النواب. وما نصت عليه المادة 127 من الدستور بخصوص القراءة والمداولة الثانية حيث فرضت أغلبية ثلثي أعضاء المجلس الشعبي.

(3) أنظر المواد 29 إلى 31 من القانون العضوي رقم99 - 02 المذكور (الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 1999)

يمر بمرحلة المناقشة العامة ثم المناقشة مادة مادة. وتبدأ المناقشة بالإستماع إلى ممثل الحكومة أوأصحاب الإقتراح ثم يقدم بعدها تقرير اللجنة المختصة ويليها تدخلات النواب حسب ترتيب تسجيلهم.

وتنصب التدخلات أثناء المناقشة العامة على كامل النص وتعطى الكلمة للحكومة أو لرئيس اللجنة المختصة أو لمقررها أو لمندوب أصحاب الإقتراح كلما طلبوها. وعند إنهاء المناقشة يقرر المجلس الشعبي الوطني الشروع في التصويت على المواد أو تأجيل النص.

وإذا رفض النواب التأجيل بأغلبية مطلقة يتم الشروع في التصويت على النص مادة بمادة.

وعند عرض النص مادة بمادة يحق لممثل الحكومة ولمقرر اللجنة ولمندوب أصحاب التعديل التدخل ويحسم الأمر باللجوء للتصويت بعد عرض:

- **إما تعديل الحكومة**
- تعديل اللجنة في غياب تعديل الحكومة أو رفضه- تعدبل النواب في حالة غياب تعديل اللجنة أو رفضه
- نص المشروع أو الإقتراح

وبعد التصويت على آخر مادة يعرض الرئيس النص بكامله للتصويت عليه.

ب- التصويت مع المناقشة المحدودة: يمكننا القول أن التصويت مع المناقشة المحدودة إجراء إستثنائي أو بعبارة أدق أن اللجوء إليه لا يتم إلا في حالات محددة تستوجب ذلك. وهو عبارة عن طريقة التصويت في نطاق محدد بموجب قرار صادر عن مكتب المجلس الشعبي الوطني وبناءا على طلب الحكومة بعد أخذ رد مع هيئة التنسيق بالمجلس[1].

وخلال المناقشة المحدودة لا تجري مناقشة عامة ولا يأخذ الكلمة إلا مندبو أصحاب التعديل ورئيس اللجنة أو مقررها أو ممثل الحكومة.

جـ- التصويت بدون مناقشة: طبقا للمادة 38 من القانون العضوي رقم 99 - 02 المذكور يلجأ للتصويت بدون مناقشة في حالة عرض رئيس الجمهورية على كل

(1) تتشكل هيئة التنسيق بالمجلس من مكتب المجلس بالإضافة لرؤساء اللجان ورؤساء المجموعات البرلمانية.

غرفة الأوامر التي أصدرها طبقا للمادة 124 من الدستور وذلك بغرض المصادقة عليها. ولما كانت الأوامر قد صدرت ونفذت فان سلطة كل غرفة تنحصر في التصويت على الأمر دون إمكانية تعديله وهذا بعد سماع اللجنة المختصة.

4- إحالة النص المصادق عليه على المجلس الأمة:

أ- مرحلة الدراسة والفحص: بعد المصادقة على النص بالأغلبية المطلقة على الأقل يرسل رئيس المجلس الشعبي الوطني النص المصوت عليه لرئيس مجلس الأمة في غضون عشرة أيام ويشعر رئيس الحكومة بهذا الإرسال ويحيل رئيس مجلس الأمة النص مرفقا بالمستندات على اللجنة المختصة لتتولى دراسته وفحصه ويتكون مجلس الأمة من اللجان التالية:

1- لجنة الشؤون القانونية والإدارية وحقوق الإنسان
2- لجنة الدفاع الوطني
3- لجنة الشؤون الخارجية والتعاون الدولي والجالية الجزائرية في الخارج.
4- لجنة الفلاحة والتنمية الريفية
5- لجنة الشؤون الإقتصادية والمالية
6- لجنة التربية والتكوين العالي والبحث العلمي والشؤون الدينية
7- لجنة التجهيز والتنمية المحلية
8- لجنة الصحة والشؤون الإجتماعية والعمل والتضامن الوطني
9- لجنة الثقافة والإعلام والشبيبة والسياحة وهذا ما نصت عليه المادة 16 من النظام الداخلي لمجلس الأمة[1]

وتتولى كل لجنة دراسة النص المصادق عليه من قبل الغرفة الأولى بعد سماع ممثل الحكومة. ويمكن لرئيس المجلس ونوابه حضور أشغال أي لجنة من لجان المجلس دون المشاركة في التصويت ويتم إستدعاء اللجان الدائمة أثناء الدورة من قبل رؤسائها وفيما بين الدورتين من قبل رئيس مجلس الأمة. ولا يمكنها الإجتماع ساعة الجلسات العامة. وعلى غرار لجان المجلس الشعبي الوطني يحق للجان مجلس الأمة الإستماع لأشخاص مختصين . وذوي خبرة للإستفادة بآرائهم وفي حالة تنازع الإختصاص بين لجنة وأخرى في الموضوع الواحد يتولى مكتب المجلس حسم هذا التنازع .

(1) لمعرفة إختصاصات كل لجنة راجع النظام الداخلي لمجلس الأمة لاسيما المواد من 17 إلى 25 (ج ر رقم 84 لسنة 1999)

ب - مرحلة المناقشة والتصويت: يناقش مجلس الأمة النص الذي صوت عليه المجلس الشعبي الوطني ويصادق عليه بأغلبية ثلاثة أرباع ولا يصلح أن يعقد المجلس أشغاله دون توافر هذا النصاب.وقبل التصويت يقدم ممثل الحكومة تقريرا عن النص المصادق عليه ثم يسمع لرأي اللجنة المختصة بذات الكيفية المطبقة على الغرفة الأولى. ولحسم الأمر يلجأ للتصويت بنصاب لا يقل عن ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الأمة وهذا ما قضت به المادة 120 فقرة 3 من الدستور. فان توافر هذا النصاب مر النص لمرحلة أخرى هي مرحلة الإصدار، وإلا كنا أمام حالة خلاف بين الغرفة الأولى والغرفة الثانية وهو ما يستوجب العرض على اللجنة المتساوية الأعضاء.

والأصل في جلسات كل غرفة هو العلنية ويجوز أن تكون مغلقة وفي الحالة الأولى تدون محاضر الجلسات في الجريدة الخاصة بمداولات كل غرفة.

5- عرض الخلاف على اللجنة المتساوية الأعضاء (إجراء إحتمالي)

نصت المادة 4/120 من الدستور: "وفي حالة حدوث خلاف بين الغرفتين تجتمع بطلب من رئيس الحكومة لجنة متساوية الأعضاء تتكون من أعضاء كلتا الغرفتين من أجل إقتراح نص يتعلق بالأحكام محل الخلاف ثم تعرض الحكومة هذا النص الجديد على الغرفتين للمصادقة عليه. ولا يمكن إدخال أي تعديل عليه إلا بموافقة الحكومة وفي حالة إستمرار الخلاف يسحب النص"

ويقتضي تحليل هذا النص معرفة تشكيل اللجنة المتساوية الأعضاء وكيفية عملها.

تكوين اللجنة المتساوية الأعضاء: طبقا للمادة 88 من القانون العضوي رقم 99 - 02 المذكور تتكون اللجنة المتساوية الأعضاء من عشرين عضوا بعدد مقاعد متساوي بين الغرفة الأولى والثانية أي عشرة أعضاء من كل غرفة.

قواعد عمل اللجنة: تجتمع اللجنة المتساوية الأعضاء بطلب من الحكومة تبلغه لرئيس كل غرفة في البرلمان وهذا بالتناوب في مقر المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة وتنتخب اللجنة في جلستها الأولى تحت رئاسة أكبر الأعضاء سنا رئيسا ونائبا للرئيس ومقررين. وينتخب الرئيس من ضمن أعضاء الغرفة التي تجتمع في مقرها اللجنة وينتخب نائب الرئيس من الغرفة الأخرى وينتخب مقررا من كل غرفة.

وتتولى اللجنة دراسة الأحكام محل الخلاف ولها أن تستمع لكل عضو في البرلمان بغرفتيه أو أي شخص ترى في سماعه فائدة. ويمكن للحكومة أن تحضر أشغال اللجنة دون المشاركة في التصويت. وينصب عمل اللجنة حول الأحكام التي لم تحصل على أغلبية ثلاثة أرباع مجلس الأمة كما ينصب عمل اللجنة على النص كاملا في حالة رفضه من قبل الغرفة الثانية. وعند إنتهاء عملها يحرر تقرير في الموضوع يرفع لرئيس الحكومة من قبل رئيس الغرفة التي جرت فيها أشغال اللجنة. ثم تتولى الحكومة عرض النص الجديد على الغرفتين للمصادقة عليه وفي حالة إستمرار الخلاف يسحب النص.

أحكام خاصة بقانون المالية: نصت المادة 120 من الدستور: "يصادق البرلمان على القانون المالية في مدة أقصاها 75 يوما من تاريخ إيداعه طبقا للفقرات السابقة. وفي حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر". من النص أعلاه يتضح لنا أن المؤسس الدستوري وضع آجالا خاصة بقانون المالية دون غيره من القوانين العضوية والقوانين. وهذا أمر يحمد المؤسس عليه لأن قانون المالية ينبغي أن يظهر في أجل معين قبل بداية السنة المالية المعنية وكلما تأخر أكثر كلما خلف ذلك أثارا سلبية تعود بالسوء على جميع القطاعات.

لذا وحتى تؤخذ الأمور بصرامة وجد وبمراعاة عامل الزمن، منح المؤسس الدستوري للبرلمان مدة 75 يوما للمصادقة على مشروع الحكومة والإعاد لرئيس الجمهورية صلاحية إصداره بموجب أمر.

ورجوعا للمادة 44 من القانون العضوي 88 - 02 المذكور نجدها قد وزعت الأجل العام وهو 75 يوما على شكل آجال خاصة هي كما يلي:- 47 يوما هي المدة القصوى التي ينبغي على المجلس الشعبي الوطني المصادقة على قانون المالية خلالها وتبدأ مدة السريان من تاريخ إيداع المشروع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني.

- 20 يوما هي المدة القصوى التي ينبغي على المجلس الأمة أن يصوت خلالها على النص المصادق عليه.ولعل السؤال يطرح لماذا قلص المشرع المدة بالنسبة للغرفة الثانية مقارنة بالمدة المخصصة للغرفة الأولى؟إن تقليص المدة يعود إلى أن أعضاء

ويخطر المجلس الدستوري بشأن مطابقة القانون العضوي للدستور من قبل رئيس الجمهورية وهذا ما قضت به المادة 2/165 من الدستور. فباعتباره حاميا للدستور مدافعا عنه[1] يلزم الرئيس باخطار المجلس الدستوري بغرض فحص القانون العضوي قبل صدوره وجدير بالإشارة أن أول قانون صدر في الجمهورية الجزائرية بعد تنصيب المجلس الشعبي الوطني في عهدته الأولى هو القانون رقم 77 - 01 المؤرخ في 15 أوت 1977 المتضمن القانون الداخلي للمجلس الشعبي الوطني[2] أما القانون الثاني فحمل رقم 77-02 المؤرخ في 31 - 12 - 1977 المتضمن قانون المالية لسنة 1978 [3] وتلى ذلك صدور كثير من القوانين.

والحديث عن الإصدار يدفعنا للعودة للتشريع الأساسي إذ ذهب إتجاه في الفقه إلى القول أن الدستور إذا تم وضعه بطريقة ديمقراطية بواسطة الإستفتاء أو جمعية تأسيسية فانه لا يحتاج إلى إصدار لأن السلطة الشعبية التي تضع الدستور هي التي تنشىء السلطات الثلاث بما فيها السلطة التنفيذية وبذلك لا تكون في حاجة إلى الاستعانة برئيس السلطة المذكورة لجعل الدستور قابلا للتنفيذ. ولو اشترط لنفاذ الدستور إصداره عن طريق رئيس الدولة لكان معنى ذلك أن الدستور قد تم بطريق التعاقد بين الشعب ورئيس الدولة وليس بطريق ديمقراطي[4]. والحقيقة أن هذا الرأي يتمتع بحجة قانونية بالغة خاصة إذا علمنا أن رئيس الجمهورية لا يملك سلطة في رفض إصدار الدستور المعتمد بالأغلبية عن طريق الإستفتاء أو حتى سلطة إعادته إلى القاعدة الشعبية ثانية على غرار ما يتمتع به من سلطة طلب القراءة الثانية بالنسبة للقوانين العادية. ويظل الإصدار يتمتع بقيمة قانونية ولو تعلق الأمر بالدستور إذ يتعين قبل نشره في الجريدة الرسمية وإلزام الكافة به إصداره أولا[5].

---

(1) أنظر المادة 76 بخصوص اليمين الدستوري وما إلتزم به الرئيس والمادة 2/70

(2) أنظر الجريدة الرسمية رقم 68 لسنة 1977

(3) أنظر الجريدة الرسمية رقم 38 لسنة 1977

(4) راجع الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص312.

(5) جاء في المادة 182 من دستور 1996 يصدر رئيس الجمهورية نص التعديل الدستوري الذي أقره الشعب وينفذ كقانون أساسي للجمهورية.

7- مرحلة النشر[1]: لا يتوقف الأمر لظهور التشريع عند إصداره في الأجل المحدد دستوريا، بل ينبغي نشره ليعلم الجمهور به ذلك أنه من غير المعقول أن يسري التشريع في حق المخاطبين بأحكامه قبل إعلامهم به وإحاطتهم علما بهذه الأحكام، كما انه من غير المعقول أن يسري التشريع وينفذ باعتماد أسلوب التبليغ فيبلغ لكل المعنيين به أفرادا وهيئات، بل يكفي نشره بالطرق المحددة قانونا، ومنذ القدم لجأت السلطة الحاكمة إلى إعلام الناس بالقوانين بوسائل معينة منها المناداة في الأسواق والطرقات[2]. والنشر إجراء جوهري وهو عبارة عن تصرف مادي بموجبه يعلم رئيس السلطة التنفيذية الكافة بالقانون وينتجه تاريخيا فيكون ملزما بعد نشره بمدة معينة[3].

وقد دأبت الشرائع الحديثة على شهر التشريعات في جريدة خاص تسمى عندنا الجريدة الرسمية. والنشر إجراء واجب بالنسبة للتشريع الأساسي والعادي والفرعي ولا يغني عنه أي طريق آخر ولو ثبت علم الأفراد بن علما حقيقيا بغير أسلوب النشر.

والنشر قرينة قاطعة على علم الجميع بالقانون فلا يقبل بعد نشره وفوات الأجل القانوني لبدء سريانه الإدعاء بجهله فيسري علي جميع المخاطبين به سواء علموا بصدوره أو لم يعلموا. وهذا الأجل أعلنت عنه المادة الرابعة من القانون المدني بقولها: «*تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.*

---

(1) لا نؤيد في هذا الصدد الترتيب الذي وضعته الدكتورة هجيرة دنوني في مؤلفها المذكور بخصوص مراحل ميلاد القانون إذ ذكرت النشر وتبعته بالإصدار. والحال ان الإصدار إجراء سابق على النشر غير لاحق له إذ عادة يتضمن التشريع مادة تخص النشر، فالمرحلة التي يصادق فيها رئيس الجمهورية على النص خلال الأجل الدستوري المقرر هي مرحلة الإصدار وتتوج بإجراء جوهري هو النشر ليعلم الكافة بمضمون القاعدة.

- راجع بخصوص هذا القول الدكتورة هجيرة دنوني، المرجع السابق، ص87/86.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص314.

(3) - الدكتور السعيد أبو الشعير (النظام السياسي الجزائري) المرجع السابق: ص 228 .

- الدكتورة فريدة محمدي: المرجع السابق ص 55 .

تكون نافذة المفعول بالجزائر العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مض يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة» وتحسب الآجال استنادا لنص المادة 3 من ذات القانون بالتقويم الميلادي ما لم ينص على خلاف ذلك.

وحرى بنا الإشارة أن المؤسس الدستوري لم يخصص حكما واحدا يتعلق بالنشر رغم **أهميته كمرحلة حاسمة يمر بها كل نص قانوني. وكان أجدر بالمؤسس الدستوري أن يربط بين مرحلة الإصدار ومرحلة النشر. فاذا كان الدستور قد ألزم رئيس الجمهورية بأن يصدر النص في غضون ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه إياه كقاعدة عامة، فانه وتتمة لهذا التقييد من حيث الزمن وجب أن يعلن الدستور عن مدة أخرى تلي** الإصدار وتخص النشر يظهر خلالها النص القانوني لتبدأ آجال سريانه وتنفيذه.

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية: القاعدة العامة أن التشريع معقود للسلطة التشريعية في حدود الصلاحيات المحددة بموجب النصوص الدستورية، ويناط تنفيذه بالسلطة التنفيذية، وهذه القاعدة يقرها مبدأ الفصل بين السلطات غير أنه في حالات محددة تملك السلطة التنفيذية أن تحل محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي وهي حالة تشريع الضرورة وحالة التفويض بالتشريع.

أ- تشريع الضرورة: سبق البيان أن البرلمان لا يعقد جلساته بصفة دائمة، بل **يمارس عمله خلال دورات عادة ما يتم تحديد عددها وفتراتها في الدستور.** كما أن البرلمان قد يحل لسبب من الأسباب، فاذا طرأت بين دورتي البرلمان حالة من حالات الضرورة التي تتطلب سن تشريع لتنظيم مسألة معينة، وجب في مثل هذه الحالة الإعتراف لرئيس الجمهورية بسن تشريع يعرض على البرلمان عند انعقاده للمصادقة عليه بحيث يصير وكأنه صدر عن البرلمان. ويعود أمر تقدير حالة الضرورة لرئيس الجمهورية لأنه من الصعوبة بمكان معرفتها مسبقا.

ورجوعا لدستور 1976 نجده قد اعترف في نص المادة 153 منه لرئيس الجمهورية بالتشريع عن طريق الأوامر بين دورتي المجلس، وتعرض هذه الأوامر على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة له. وتجدر الملاحظة هنا أن النص المذكور لم يبين مصير هذا الأمر أو الأوامر المشرعة في حالة عدم موافقة المجلس الشعبي عليها في

اول دورة من دوراته. **وإن كان مثل هذا الافتراض قد لا يحدث في الواقع العملي** بسبب طبيعة نظام الحكم ووحدة المنهج والخط السياسي بين رئيس الجمهورية ونواب المجلس واعتماد أسلوب الحزب الواحد مما يسقط احتمال لاصطدام المؤسستين.

ولم تشر قواعد دستور 1989 لمثل هذا النوع من التشريعات وهذه الحلول. واعترفت المادة 124 من دستور 1996 لرئيس الجمهورية بسلطة التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان[1].

ويبدو واضحا أن الدستور الجديد أضاف حالة جديدة من حالات سن التشريع بطريق الأوامر **وهي حالة شغور المجلس الشعبي الوطني. كما بين مصير الأوامر في حالة عدم المصادقة عليها من قبل البرلمان واعتبرها لاغية بقوله في الفقرة الثالثة من المادة 124: «تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان».**

ولعل السؤال يطرح لماذا لم يكتف الدستور بالإعتراف لرئيس الجمهورية بسلطة استدعاء المجلس الشعبي الوطني في دورة طارئة موضوع المادة 118 لمناقشة هذا التشريع المراد سنه دون حاجة لإصداره في غيابه ودون مشاركة منه؟

نعتقد أن الحكمة التي أرادها المؤسس الدستوري من وراء الإعتراف لرئيس الجمهورية بهذه السلطة هو أن استدعاء البرلمان للنظر في تشريعات معينة بالطرق والمدة والإجراءات العادية قد يأخذ زمنا طويلا في الدراسة والمناقشة سواء امام اللجان المختصة أو غرف البرلمان وهو ما لا يخدم حالة الضرورة ويعطل صدور النص لذا وجب الإعتراف له بهذه السلطة، وتبقى ضمانة الغاء النص -إن كان له موجب- بيد نواب المجلس الشعبي الوطني.

وتأسيسا على ما تقدم إذا أتينا لحصر حالات التشريع بأمر في دستور 1996 نجدها تتمثل فيما يلي:

1- بين دورتي البرلمان وهو ما نصت عليه المادة 124 من الدستور
2- في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني.
3- في حالة عدم مصادقة البرلمان على القانون المالية في المدة التي حددها الدستور وهي 75 يوما عندها يجوز للرئيس إصدار تشريع في الموضوع في شكل أمر.

---

(1) نصت المادة 118 من دستور 1996 على أن يجتمع البرلمان في دورتين كل سنة ومدة كل دورة أربعة أشهر على الأقل.

4- في الحالة الإستثنائية موضوع المادة 93 من الدستور فإذا كانت الدولة مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو إستقلالها أو سلامة ترابها يقرر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية بعد إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري ويستمع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء[1].

وخلافا للأوامر الصادرة بين دورتي المجلس لا تخضع الأوامر الصادرة في المرحلة التالية لإقرار الحالة الإستثنائية لرقابة البرلمان وهو ما إنتهى إليه المجلس الدستوري بموجب الرأي رقم 08 - 99 المؤرخ في 21 فبراير 99 (الجريدة الرسمية رقم 15) فرئيس الجمهورية عندما يشرع بموجب أوامر في الحالات الإستثنائية يستمد سلطته التشريعية من الدستور وتحديدا من المادة 93 فقرة 3 والمادة 124 فقرة 4. ثم إن المادة 124 عندما إعترفت للبرلمان بحق ممارسة الرقابة على الأوامر التي يصدرها الرئيس إنما قصدت بصريح العبارة الأوامر الصادرة بين دورتي البرلمان والأوامر الصادرة في حالة الشغور وليس الأوامر المتخذة في الحالة الإستثنائية.

ب- التفويض بالتشريع: يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب التفويض من السلطة التشريعية بغرض إصدار نصوص ذات طابع تشريعي. وقد تم اعتماد هذه الحالة في دستور 1963 وذلك في نص المادة 58 منه التي جاء فيها: «*يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إلى المجلس الوطني أن يفوض له لفترة زمنية محدودة حق اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر*».

ويتعين هنا اجراء الفرق بين تشريع الضرورة والتشريع بالتفويض. ففي الحالة الأولى لا يحتاج الأمر أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق لإصداره الأوامر، بل يكفي توافر حالة عدم انعقاد المجلس (بين الدورتين)، بينما في حالة التفويض يقتضي الأمر، واستنادا للنص المذكور (المادة 58 دستور 63)، أن يطلب رئيس الجمهورية الإذن المسبق.

وجدير بالإشارة أن النص الدستوري لم يقيد رئيس الجمهورية بموضوع معين، بل

(1) لتفصيل أكثر راجع مؤلفنا الوجيز في القانون الإداري الجزائر، دار ريحانة 1999، ص 90

فتح أمامه السبيل ليحل محل السلطة التشريعية في إصدار الأمر بعد توجيه الطلب دونما ضبط أو تحديد أو تقييد من حيث الموضوع بأن يقصر التشريع بأوامر على مجالات دون أخرى مثلا.

ولقد لقي التشريع بالتفويض على المستوى الفقهي معارضة شديدة إذ ذهب البعض إلى أن السلطة التشريعية تستمد شرعيتها وقوة عملها من الدستور وهي سلطة لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها لأنه لو جاز ذلك لأدى التنازل إلى أن تصبح القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية مطابق من حيث طبيعتها للتشريع الذي يصدره البرلمان. وقيل أيضا أن التفويض يمكن السلطة التنفيذية من تعديل التشريعات القائمة وهو ما يؤدي إلى التقليل من أهمية التشريعات والنزول بها إلى مستوى اللوائح[1].

رابعا- التشريع الفرعي أو اللائحة:

لا يكفي لتسيير شؤون المجتمع في مختلف المجالات سن تشريعي أساسي وقوانين عادية، بل يجب فضلا عن ذلك إصدار تشريعات فرعية. والتشريع الفرعي أو ما يسمى بالتشريع اللائحي تشريع تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى-إختصاص أصيل فهي حين تقوم به لا تحل محل السلطة التشريعية وهو أقل درجة من التشريع العادي وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- اللوائح التنفيذية: وتقوم بسنها السلطة التنفيذية بغرض تنفيذ نص معين صادر عن السلطة التشريعية، ذلك أن التشريع العادي لا يعالج كل صغيرة وكبيرة، بل يترك مسائل معينة يتم تنظيمها بمقتضى لوائح تنفيذية. ويعود سر الإعتراف للسلطة التنفيذية بهذه الصلاحية أن هذه السلطة حتى تقوم بالدور المنوط بها تحتاج إلى إصدار نصوص بارادتها المنفردة لتجسد بمقتضاها التشريع العادي في أرض الواقع، وأن كل تأخير في إصدار هذه اللوائح سينجر عنه تعطيل تنفيذ القانون. كما أن السلطة التنفيذية أقدر من غيرها على معرفة ما يجب إصداره من لوائح لتنفيذ مضمون قانون معين.

وطالما كان التشريع العادي هو الأصل واللوائح التنفيذية هي الفرع، وجب أن يساير الثاني الأول في مقصده ومضمونه، فان حاد عنه عد غير شرعي وتعين

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص326.

إلغائه. وقد اعترف دستور 96 لرئيس الحكومة بسلطة إصدار التشريعات الفرعية حيث جاء في المادة 125 منه ما يلي: «*يندرج تطبيق القانون في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة*» وهو نفس ما أشارت إليه المادة 116 من دستور 89.

ب ـ اللوائح التنظيمية: ويطلق عليها إسم اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها لأنها لا تستند إلى قانون عهد إليها أمر تنفيذه، وتتضمن هذه اللوائح القواعد الأساسية واللازمة لتسيير المرافق العامة في الدولة استنادا لحق السلطة التنفيذية في إدارتها.

وتجدر الإشارة أن سلطة التنظيم حديثة العهد في الأنظمة المعاصرة نتيجة تراجع البرلمان وعجزه على مواجهة الأزمات التي تعرض لها العالم لاسيما بين الحربين مما فرضت الإعتراف للسلطة التنفيذية بوسائل قانونية للتدخل من أجل مواجهة متطلبات العصر خاصة وأن تحضير النصوص التشريعية يأخذ زمنا طويلا وبذلك تعاظم دور السلطة التنفيذية[1].

ورجوعا للدستور نجد أن المادة 125 منه في فقرتها الأولى نصت على ما يلي: «*يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية في المسائل الغير مخصصة للقانون*، والمسائل المخصصة للقانون حددتها المادة 122 من الدستور ذاته منها التشريع الخاص بالجنسية والقواعد العامة المتعلقة بوضعية الأجانب وقواعد قانون العقوبات، الإجراءات الجزائية والإجراءات المدنية ونظام السجون وطرق التنفيذ والتقسيم الإقليمي والنظام الجمركي والضمان الاجتماعي والنظام العقاري[2]. ومن أمثلة اللوائح التنظيمية المراسيم الرئاسية المتضمنة إنشاء المؤسسات وتحديد اختصاصاتها وإلغائها.

جـ ـ لوائح الضبط أو البوليس: وتتضمن القواعد اللازمة للمحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة ومن أمثلتها المرور واللوائح الخاصة بالمجالات الخطرة واللوائح الخاصة بالباعة المتجولين وغيرها.

(1) الدكتور سعيد بو الشعير، المرجع نفسه، ص230.

(2) تضمنت المادة 122 ثلاثون اختصاصا وقد أدخلت على الصياغة القديمة (المادة 115 من دستور 89) تعديلا تضمن تفصيل بعض الصلاحيات. قارن بين النصين.

ولما كان موضوع الضبط بمجالاته الثلاث واسعا وجب أن يتعدد الأشخاص المعترف لهم باصدار هذه اللوائح الضبطية لضمان الأمن والصحة والهدوء العام. ومن هؤلاء رؤساء المجالس الشعبية البلدية والولاة. فبخصوص البلدية مثلا ألزمت المادة 69 وما بعدها من القانون 08/90 المؤرخ في 7 أفريل 1990 المتضمن قانون البلدية رئيس المجلس الشعبي البلدي بالسهر على حسن النظام والأمن العموميين وعلى النظافة العمومية واعترفت له بسلطة اتخاذ إجراءات الإحتياط والوقاية **والتدخل فيما يخص الإسعافات وكذا بسلطة تنظيم الطرقات الواقعة في تراب الولاية، وألزمت المادة 96 من القانون 09/90 المؤرخ في 7 أفريل 1990 المتضمن قانون الولاية الوالي بالمحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العامة.**

الرقابة على صحة التشريعات: يشترط لصحة التشريع العادي والفرعي من حيث الشكل أن يكون صادرا عن السلطة المختصة مراعيا الإجراءات المحددة قانونا سواء بموجب قاعدة من التشريع العادي أو نص أدنى منها درجة. أما من حيث الموضوع فينبغي ألا يكون التشريع الفرعي مهما كانت الجهة المصدرة له، مخالفا في أحكامه لتشريع يعلوه درجة وإلا فقد شرعيته.

ولقد سبقت الإشارة أن مبدأ سمو الدستور يقتضي إلغاء كل نص مخالف في مضمونه لقواعد القانون الأساسي سواء صيغ في شكل معاهدة أو قانون أو نص تنظيمي. **ويجد هذا التدرج في هرم النصوص القانونية أساسه أنه أقر ضمانا لحقوق** وحريات الأفراد وإلا فما الفائدة أن تعترف القاعدة الدستورية بحق أو بحرية، لتسلب فيما بعد بموجب قاعدة من التشريع العادي أو الفرعي. لذا وجب إلغائها لمخالفتها لدستور. وتطبيقا لنفس الفكرة ينبغي إلغاء كل تشريع فرعي لا يلائم التشريع العادي في مضمونه وصلب قواعده، وهذا ما اصطلح على تسميته في الفقه بشرعية اللوائح.

وإذا كان قد عهد للمجلس الدستوري[1] في الجزائر أمر مراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات[2] فإن السؤال يطرح لمن يعود حق الغاء اللوائح في حالة مخالفتها للتشريع العادي؟

يمارس مهمة الرقابة على مطابقة اللوائح للتشريع السلطة القضائية وهذا أمر دأبت على اتباعه غالبية النظم المعاصرة إذ لجأ بعضها إلى تخصيص قضاء إداري [illegible] سلطة بمهمة الرقابة علي اللوائح وإلغائها إذا كان فيها مخالفة للتشريع العادي، كما هو الحال في مصر وفرنسا. [illegible]

(1) أنظر المادة 164 من الدستور.

(2) أنظر المادة 165 من الدستور.

المبحث الثاني:

مبادىء الشريعة الإسلامية

تستعمل كلمة الشريعة في لغتي المعنيين[1] أحدهما الطريقة المستقيمة ومن هذا المعنى قوله تعالى: (* ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون *) /سورة الجاثية الآية 8. والثاني مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب ومنه قول العرب شرعت الإبل إذا وردت شريعة الماء لتشرب وشبهها هنا بمورد الماء لما لها حياة النفوس والعقول كما في الماء حياة للأجسام[2].

أما إصطلاحا فيقصد بها ما شرعه الله تعالى لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء سواء تعلق منها بالإعتقاد أو العمل[3].

إن نظرة متفحصة لمضمون شريعة الإسلام تفضي بنا إلى أن نقرر أن هناك إحكاما رائعا يميز جوانبها وجزئياتها وكلياتها فتضمنت قواعد عامة وأخرى تفصيلية تحكم سلوك الإنسان على نحو شامل لا مثيل له في الشرائع الدينية الأخرى وإمتدت أحكامها من الأسرة إلى شؤون الدولة والحكم ، وشملت تصرفات الشخص في البر والبحر، ومسّت المسائل الشخصية والمالية، ونظمت علاقة الإنسان بربه وبنفسه وبالآخرين، ولم تقتصر أحكامها على تنظيم الأمور ذات الصلة بالعقيدة والأخلاق والعبادات، بل امتدت لتشمل مجال المعاملات كتنظيم الديون والرهون والبيوع وسائر أنواع التصرفات.

ولقد بحر فقهاء الإسلام في توضيح مقاصد الشريعة الإسلامية وإظهار سمو أحكامها كتب الشيخ محمد الطاهر بن عاشور وهو يتحدث في الموضوع: "لا يمتري أحد في أن كل شريعة شرعت للناس أن أحكامها ترمي إلى مقاصد مرادة لمشرعها

(1) أنظر المعنى اللغوي، فيروز أبادي، القاموس المحيط، لبنان، دار الجيل، الجزء الثالث، ص45.

(2) أنظر: الدكتور العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص11.

(3) الدكتور محمد محده، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، الجزائر، باتنة، دار الشهاب، دون تاريخ، ص6. وأيضا الدكتور توفيق العطار، المرجع السابق، ص3.

الحكيم، إذ قد ثبت بالأدلة القطعية أن الله لا يفعل شيئا عبثا دلّ ذلك صنعه في الخلقة كما أنبأنا عنه قوله تعالى: (* وما خلقنا السماوات والأرض وما بينهما لاعبين *) وقوله: (* أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا *). ومن أعظم ما إشتمل عليه خلق الإنسان خلق قبوله التمدن الذي أعظمه وضع الشرائع له[1].

ولما كان الإسلام دين الله الخالد سيظل قائما إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها كان من رحمة الله بالمسلمين أن ترك لهم عددا من الأمور ليصرفوا شؤونهم وفق مصلحتهم بما لا يتعارض والإطار العام للشريعة وسكوت المشرع عز وجل عن بعض الأمور لم يكن ناتجا عن سهو قال تعالى: (* وما كان ربك نسيا *)/سورة مريم الآية 64. بل كان ذلك مقصودا، ليوفر حصانة ضد الجمود القانوني والإجتماعي[2].

وبالنظر لما تتميز به الشريعة الإسلامية من سمو الأحكام ونبل المقاصد، وأمام وفرة الأحكام الفقهية وتنوع الإجتهادات في معالجة القضية الواحدة، دعى بعض الفقهاء، ومنذ زمن بعيد[3] إلى تقنين أحكام الشريعة في مجال المعاملات في مجموعة واحدة يلزم القاضي بالرجوع إليها. وإعتبر البعض الآخر أن تقنين الأحكام الشرعية من شأنه أن يعطل حركة الإجتهاد ويضرب نوعا من الحجر على الفقهاء والمجتهدين في التعبير عن آرائهم.

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أن [illegible] في الإطار وإرساء كثير من المسائل في مجال المعاملات إلى جانب مجالات أخرى. فهذه نظرية التعسف في استعمال الحق وضعتها الشريعة ولم يعرفها القانون الروماني ولم يكتشفها الفقهاء الا في أواخر القرن [illegible] ونظرية الظروف الطارئة مستمدة من نظرية الضرورة. فالقصد إلى الإضرار ممنوع في الشريعة السمحاء ولو كان

---

(1) الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص13.

(2) محمد الصباغ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه، بيروت، المكتب الإسلامي 1977، ص23.

(3) [illegible] الرشيد أن يحمل الناس على موطأ الإمام مالك ولكن مالكا رفض لأنه رأى أن اختلاف العلماء رحمة وهو نفس ما ذهب اليه كثير من مشايخ الأزهر في العصر الحديث. لتفصيل ذلك أنظر [illegible] الدكتور أبو المعاطي أبو الفتوح، تقنين الأحكام الشرعية، مجلة العلوم الإسلامية الصادرة عن جامعة الاسلامية بقسنطينة، الجزائر، العدد الثالث، 1992، ص93 وما بعدها.

(4) [illegible]

بحسن نية. فالعقود شرعت لتحقيق مصالح الناس وتلبية حاجاتهم لا لإلحاق الضرر بهم[1]. واعتبار بيع المريض مرض الموت في حكم الوصية، وأحكام أخرى كثيرة كالبيع بخيار الرؤية وأحكام الشفعة وتحمل تبعة الهلاك في عقد البيع والتزامات الجوار وحواله الدين[2] وخلاف ذلك كثير.

إن قراءة عابرة لنص المادة الأولى من القانون المدني قد تدفع للتساؤل ماذا قصد المشرع من عبارة مبادىء الشريعة الإسلامية؟[3]

ذهب الدكتور علي علي سليمان إلى القول أن المقصود بالشريعة الإسلامية هو مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية فينبغي على القاضي أن يرجع إلى مبادىء الشريعة ويبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب مالك المعمول به في الجزائر[4] وهو ما أكده الباحثون[5] ونميل له نحن أيضا استنادا لإطلاق النص وعموميته.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الأصلية للفقه الإسلامي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس. واعتمدوا في ذلك على قوله تعالى في سورة النساء، الآية 59 : (* يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا *).

---

(1) راجع بخصوص مفهوم [illegible] الشرعية كمال لدرع، نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة [illegible] الجامعة الإسلامية بقسنطينة، 1996، ص2 وما بعدها.

(2) الدكتور علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقا للقانون المدني الجزائري، مجلة الفكر القانوني الصادرة عن إتحاد الحقوقيين الجزائريين، العدد 1 نوفمبر 1984 ص[illegible] وما بعدها.

(3) راجع بشأن الخلاف الفقهي [illegible] حول المقصود بمبادىء الشريعة [illegible] مبارك صالحي، مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1989، ص120 وما بعدها.

(4) [illegible]

القرآن الكريم: لغة مصدر من قرأ بمعنى القراءة غلب في العرف على المجموع المعين من كلام الله سبحانه وتعالى المقروء بالنسبة للعباد[1]. أما إصطلاحا فقد عرفه العلماء على أنه كلام الله المنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم بلسان عربي بواسطة الأمين جبريل المتعبد بتلاوته المعجز والمتحدي بأقصر سورة منه المنقول إلينا بالتواتر[2].

السنــة: لغة : تعني الطريقة المسلوكة. أما إصطلاحا قول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله وتقريره[3].

الإجمــاع: لغة يقصد به العزم والإتفاق. أما إصطلاحا يعني إتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم[4].

القيــاس: لغة يعني التقدير ومنه جاء قولهم قست الثوب بالذراع أي قدرته. أما إصطلاحا فيقصد به إلحاق واقعة لا نص على حكمها بواقعة ورد نص حكمها لاشتراكهما في العلة[5].

ولقد ترك لنا أسلاف هذه الأمة تراثا فقهيا زاخرا وتحليلات مستفيضة وتفاسير مختلفة شافية كافية كشفت عن مقصد المشرع والحكيم، تغنينا كلها من الرجوع لأي تشريع آخر، ودأب المعاصرون من رجال الفقه على سنة أسلافهم فراحوا يطعمونه باجتهاداتهم ويبتون في المسائل التي أفرزها العصر الحديث خاصة أمام ما يتعرض له ديننا الحنيف من موجات عارمة من التشكيك حول صلاحيته واتهامه بالجمود والقصور وهو ما كذبته وأسقطته كثير من الدراسات في الشرق والغرب.

(1) أنظر الشوكاني، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق في علم الأصول، بيروت، دار المعرفة، ص26.

(2) الدكتور محمد محده، المرجع السابق، ص29.

ـ الدكتور العربي بلحاج، المرجع السابق، ص86.

(3) الشوكاني، ص29.

(4) الشوكاني، ص63.

(5) الدكتور العربي بلحاج، المرجع السابق، ص126.

وأيضا الدكتور محمد محده، المرجع السابق، ص170.

المبحث الثالث:

العـــرف

تعريفه وأهميته:

يقصد بالعرف إعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما ومستتبعا بتوقيع الجزاء عند المخالفة. ويعد العرف أقدم مصادر القانون ظهورا فقد عرفته الإنسانية منذ زمن بعيد واليه يعود الفضل في تنظيم العلاقات وقطع كثير من المنازعات. ولما تعقدت الروابط الاجتماعية بين الأفراد ظهر عجز العرف عن مسايرة الأوضاع الحديثة لأنه ينمو نموا بطيئا لايمكنه مسايرة التطور السريع ولا يقوم على تنظيم كل شيء[1].

وإذا كان ما ميز المجتمعات الحديثة هو تطور حركة التشريع في المجال المدني والتجاري والبحري وغيره، إلا أن ذلك لا يعني التخلي عن القواعد العرفية وجحد فضائلها، بل تظل قواعد مرجعية يلجأ القاضي إليها لحسم الخلاف المعروض عليه مع اختلاف مرتبتها من دولة إلى أخرى[2]. فالقواعد العرفية إذن أقرتها سلطة الجماعة المباشرة وبصورة اعتيادية وتلقائية ورغبة وتوجه في العمل بمضمون القاعدة دون التقيد باجراءات معينة ودون اشتراط عرضها على هيئة معينة.

فالقاعدة العرفية ظهرت نتيجة التعود والتواتر على اتباع سلوك معين حول مسألة معينة، فهي عبارة عن وقائع مادية ألفت الجماعة اتباعها بوتيرة واحدة وبصورة منتظمة وتعودت الإمتثال لمضمونها يقينا منها أنها ملزمة وأن الخروج عليها يتبعه جزاء.

ورغم اعتماد معظم النظم المعاصرة على القواعد المكتوبة، فإن الدول الأنجلو سكسونية لازالت تولي العرف مكانة خاصة تعتمد عليه كمصدر بعد القضاء[3]. ولم يقتصر دور القواعد العرفية على تنظيم وضبط علاقات الأفراد، بل وعلاقات الدول، لذا نجدها تحتل مكانة متميزة في مجال القانون الدولي العام.

(1) أنظر الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص92.

(2) صنف القانون المدني المصري العرف في المرتبة الثانية تلي التشريع.

(3) الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص101.

وإذا كان جانب من الفقه، كما سبقت الإشارة، قد انتقد التشريع كونه عبارة عن قواعد تفرض على الجماعة بعد سنها من قبل السلطة المختصة، فان مثل هذا الانتقاد لا يمكن أن يطرح إن تعلق الأمر بالقواعد العرفية لأنها قواعد سنتها إرادة الجماعة.

مزايا العرف وعيوبه:

أ- مزاياه:

1 - ذكرنا أن العرف عبارة عن عادة ألف الناس اتباعها وشعروا بالزاميتها، ومن ثم فهي قاعدة تعبر عن إرادة الجماعة أحسن وأصدق تعبير، وهذا يعني أيضا أنها قاعدة [illegible] تستجيب لمتطلبات المجتمع وتراعي ظروفه وحاجياته وطموح أفراده، فليس العرف قاعدة مفروضة بل هو عبارة عن مجموعة قواعد أقرتها الإرادة الجماعية بصفة تلقائية ومنتظمة.

2 - إذا كانت غالبية النظم المعاصرة لجأت للتشريع لجمع القواعد القانونية وإضفاء صفة الرسمية عليها، فان ذلك لا يعني أنها استغنت عن العرف، بل تظل القواعد العرفية تحتل مكانتها كمصدر رسمي من مصادر القانون يلزم القاضي بالرجوع إليه في مواضع معينة.

ب - عيوبه:

1 - طالما كانت القواعد العرفية غير مكتوبة، فان عدم الكتابة ينتج عنه غموض القاعدة وعدم وضوح مضمونها، ولا تاريخ سريانها ونفادها؛ فاذا كان الغموض يكتنف التشريع في حالات معينة حينما يستعمل المشرع ألفاظا مرنة فضفاضة، فان درجة الغموض تزداد إذا كنا بصدد قاعدة عرفية.

2 - يأخذ ظهور القواعد العرفية زمنا طويلا، فحتى ترسخ في أذهان الجماعة، ويتعود الناس على اتباعها يحتاج الأمر إلى مضي مدة طويلة وهو ما إعتبره الفقه شرطا من شروط الركن المادي للعرف كما سنرى. وهذا خلافا للتشريع الذي مهما طالت مدة تحضيره وإعداده، فانها تظل قصيرة مقارنة بمدة نشوء القاعدة العرفية، وطالما أخذت القاعدة العرفية زمنا طويلا في ظهورها فان تعديلها يأخذ أيضا زمنا طويلا، خلافا للتشريع الذي من السهل تعديله أو حتى الغائه ولو مر على سنه زمن قصير.

3 - عاب الفقه على العرف أنه قاعدة متنوعة تختلف من مكان إلى آخر ضمن ذات الدولة مما يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية وتنوعها[1].

أنواعه:

يمكن تقسيم العرف من زاويتين، من حيث طبيعة القاعدة العرفية، ومن حيث المجال أو النطاق:

أ- من حيث طبيعة القاعدة العرفية: في ضوء تقسمات القانون ينقسم العرف إلى عام وخاص، فالعرف العام من صنع السلطات المكونة للدولة في مباشرتها لوظائفها وفي علاقاتها مع الأفراد. ويدخل تحت هذا المفهوم العرف الدستوري والعرف الإداري وفي المجال الخارجي العرف الدولي. فهو على هذا النحو مجموعة من القواعد القانونية التي أطردت السلطات العامة في اتباعها في علاقاتها مع بعضها، أو في علاقاته مع الأفراد بوصفها السيادي خلال فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة وعلى سبيل التواتر.

أما العرف الخاص فهو من صنع الأفراد في معاملاتهم المدنية والتجارية والبحرية مثلا.

ب - من حيث المجال أو النطاق: ينقسم العرف إلى عرف شامل عام واسع النطاق، وعرف خاص يقتصر تطبيقه على إقليم دون آخر أو على فئة دون أخرى كالعرف السائد بين التجار أو المزارعين مثلا.

والعرف العام ظاهرة عرفتها المجتمعات القديمة، إذ لا يتصور وجود عرف شامل في المجتمع المعاصر لأنه من الصعب أن ينساق جميع أفراد الدولة لاتباع سلوك معين بصفة منتظمة وخلال مدة طويلة، ولعل هذا الأمر يعد من أهم الأسباب التي أدت إلى تراجع العرف وحلول التشريع مكانه.

أركان العرف:

من التعريف السابق نستنتج أن العرف يقوم على ركنين ركن مادي وآخر معنوي.

الركن المادي: يقصد به إطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة بطريقة معينة ولمدة طويلة، فهو عبارة عن مجموعة متواترة من التصرفات أو الأفعال الإيجابية أو السلبية، وهذا التكرار والتواتر هو الذي يبعث في القاعدة العرفية استقرارا، ويزيد فيها قوة.

---

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص99.

وتأسيسا على ذلك حتى نكون بصدد الركن المادي يلزم توافر الشروط التالية:

ا- أن تكون العادة عامة: وبهذا الشرط يتوافر في القاعدة العرفية صفة من صفات القاعدة القانونية، وهي صفة العمومية، فليست القاعدة العرفية بالسلوك الشخصي الذي ألفه شخص بذاته، بل هي سلوك عام[1].

ولا نقصد بالعمومية أن يشمل السلوك كل أفراد الجماعة، بل قد يخص منطقة دون منطقة أخرى أو فئة من أفراد الجماعة دون فئة أخرى، كأن تكون القاعدة العرفية معروفة ومطبقة فيما بين التجار أو الصيادين أو المزارعين، ورغم ذلك لا تفقد خاصية العمومية.

وإذا كانت النسبة المطلوبة لسن تشريع عادي ونفاده هي الأغلبية المطلقة (أي النصف + واحد) فإنه لاعتماد قاعدة عرفية لا يقتضي الأمر اللجوء للتحديد الحسابي، بل يكفي التأكد من وجود إجماع لدى أفراد الجماعة على اتباع قاعدة معينة.

ب- أن تكون العادة قديمة: أي أن يمضي على اتباعها فترة طويلة بحيث يمكن القول أن الجماعة إستقرت على اتباعها وحتى يلزم القاضي بالرجوع إليها في حالة عدم وجود نص تشريعي أو حكم في الشريعة الإسلامية، والمستقر عليه فقها أنه لا يوجد حد معين لهذه المدة فالمسألة تختلف بحسب الظروف وتدخل في كامل السلطة التقديرية للقاضي[2].

جـ- أن تكون العادة منتظمة: وهذا هو الذي عبرنا عنه بالتواتر والإطراد فحتي تكتسب العادة قوة العرف يشترط فيها أن يتبعها الناس بطريقة منتظمة دون تغيير أو انقطاع فلا تظهر في وقت وتغيب في وقت آخر، فالعرف ليس بالسلوك العارض أو المؤقت بل هو سلوك لازمه التواتر والإنتظام مدة زمنية معينة.

د- أن تكون العادة مطابقة للنظام العام: وهذا شرط بفرضه مبدأ المشروعية، فحتى ترتقي عادة معينة إلى مصف ومرتبة القواعد القانونية وجب أن لا يكون مضمونها مخالفا للنظام العام، فاذا تعود الناس على سلوك معين يتنافى في مضمونه مع النظام العام كما لو تعودوا على أخذ ثأرهم بأنفسهم، فان مثل هذه القاعدة لا يصح اعتبارها عرفا مهما كان عمرها[3].

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص92.

(2) هناك من نادى بتطبيق مدة التقادم، راجع الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص430.

(3) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص93.

ب- الركن المعنوي: وهو ركن نفسي غير مادي ويقصد به إحساس الأشخاص الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الأخير ملزم لهم قانونا، والركن المعنوي هو الذي يحول واقعه السلوك المعتاد إلى قاعدة قانونية مؤداها ضرورة اتباع هذا السلوك وبه تصبح مفروضة. فلا يكفي أن يتبع الأفراد سلوكا واحدا بصورة منتظمة خلال مدة طويلة، بل يجب أن يراودهم شعور بالزامية هذه العادة التي يمارسونها، والركن المعنوي هو ضابط التفرقة بين العادة والعرف لأن الأولى (العادة) تحتوي على ركن واحد هو الركن المادي.

أساس إلزام العرف: سبق الإشارة أن العرف ملزم وبالتالي يعتبر قانونا، ومن هنا يطرح السؤال من أين تستمد القاعدة العرفية إلزامها؟

ذهب الفقهاء أقوالا مختلفة واعتمدوا على معايير كثيرة لتفسير أساس إلزام القاعدة العرفية.

المعيار القضائي[1]: رأى بعض الفقهاء أن القاعدة العرفية تستمد إلزمها من اعتماد المحاكم عليها في فصلها في القضايا إذا لم تجد حلا لها في القواعد التي تعلو العرف درجة، فالعادة تنتقل إلى عرف بتدخل من السلطة القضائية فهي التي تبعث في القاعدة العرفية روح الإلزام وتشعر الأفراد بقيمتها وقوتها.

ولقد لقي هذا الرأي معارضة في الفقه على أساس أن السلطة القضائية سلطة مكلفة بتطبيق القانون لا بانشائه.

المعيار الفقهي: فضل جانب آخر في الفقه التركيز على تحاليل الفقهاء، وآرائهم فاجماع أهل الفقه هو الذي يرقي السلوك من عادة إلى عرف، ولقد لقي هذا الرأي بدوره معارضة استنادا إلى أن رجال الفقه مهما إمتلكوا من الكفاءة والمقدرة في علم القانون إلا أن الفقيه لا يمكن أن يحل محل سلطة رسمية لإقرار قاعدة قانونية[2].

المعيار التشريعي: إلتفت جانب آخر في الفقه إلى السلطة المكلفة بالتشريع فقالوا أن المشرع طالما لم يصدر تشريعا يعارض السلوك الذي تعود الأفراد على اتباعه، فان ذلك يعد تعبيرا ضمنيا على أنه إعتمد هذه القاعدة وأقرها. وهو ما

(1) لا نقصد بالمعيار القضائي أن هذا المعيار هو من صنع ووضع القضاء، بل عندما استعمل السلطة القضائية لإضفاء الصفة الإلزامية على العادة.

(2) الدكتور توفيق العطار، ص265. الدكتور خليل قداده، ص105.

يكسبها عنصر الإلزام. وإن أبرز نقد تعرض له هذا الرأي أن الأخذ به يعني أن التشريع هو الذي يصنع العرف، والحال والحقيقة أن العرف سابق للتشريع كما أثبتت ذلك دراسات تاريخ القانون.

ويبدو أن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى أن العرف لا يكتسب إلزامه من مصدر واحد بل يستمده من مصادر كثيرة تأتي في مقدمتها رضا الناس على قاعدة سلوكية معينة واعتمادهم عليها في شأن من شؤون الحياة بشرط عدم إصطدامها بقاعدة من التشريع العادي أو الفرعي.

العرف والعادة الاتفاقية: ذكرنا سابقا أن العرف يحتوي علي ركنين مادي ومعنوي بينما العادة تتضمن ركنا واحدا هو الركن المادي. وهنا يثور التساؤل هل يلزم القاضي بتطبيق العادة على النواع المعروض عليه إذا لم يجد حلا في المصادر الأخرى ؟

بهذا الصدد ميز الفقه بين العادة وما يسمى بالعادة الاتفاقية. فالعادة تنطوي على جانب مادي فقط ولم ترق إلى مرتبة العرف لافتقادها لعنصر الإلزام، بينما العادة الاتفاقية هي سلوك دأب الناس أو فئة معينة على اتباعه وانصرفت إرادة أطراف العقد على التقيد به فيكون حينئذ ملزما بالنسبة إليهم. ونظرا لهذه الصفة (الإلزام) فان العادة الاتفاقية أصبحت لا تختلف عن العرف بعد أن إكتسبت صفة الإلزام هي الأخرى ولو بالنسبة لعلاقة واحدة[1] ومع التشابه في الركنين بين العادة الاتفاقية والعرف، إلا أن الفرق بينهما يظل قائما فالعادة الاتفاقية تستمد الزامها من العقد أو الاتفاق الخاص الذي يربط أطراف العلاقة، بينما العرف كما بينّا يستلزم قوته ودرجة إلزامه من الشعور العام والإرادة الجماهيرية التي دأبت على اتباع سلوك بصفة متواترة وخلال مدة طويلة.

وحتى إن طبق القاضي العادة الاتفاقية فانه يطبقها لا باعتبارها قاعدة قانونية وإنما مجرد اتفاق بين أطراف علاقة معينة، وهذا خلافا للعرف الذي نجده ملزما للأفراد دون حاجة للإتفاق عليه، أو ذكره في العقد على أساس أنه قاعدة قانونية. ويمتد هذا الإلزام للقاضي أيضا انطلاقا من أن العرف يعد مصدرا من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد حلا في المصادر الأخرى التي تعلوه درجة.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، ص95.

نتائج التمييز بين العادة الإتفاقية والعرف:

يترتب على التمييز بين العادة الاتفاقية والعرف نتائج كثيرة أهمها :

1- **من حيث إفتراض العلم:** طالما كانت القواعد العرفية قانونا، فانها تسري في حق جميع المعنيين بها سواء علموا بها أو لم يعلموا. لأنه لا عذر بجهل القانون. أما العادة الاتفاقية هي مجرد واقعة مادية تستمر قوتها من إرادة المتعاقدين ولا تكون ملزمة إلا بالنسبة لهم ولا يتصور سريانها في حق الغير.

ولما كان العرف ملزما تعين على القاضي الإلمام به ويبحث عنه ليطبقه من تلقاء نفسه ودون طلب الخصوم، خلافا للعادة الاتفاقية التي لا يلزم بمعرفتها[1]

2- **من حيث الإثبات:** لما كانت العادة الاتفاقية مجرد واقعة مادية فان عبء إثبات وجودها يقع على ذوي المصلحة فعليهم أن يثبتوا للقاضي أن إرادتهم انصرفت للعمل بمقتضى عادة معينة وجسدوا هذه الإرادة والرغبة في العقد. وعندها يقوم القاضي بتطبيقها كشرط من شروط العقد. فتطبيق العادة الاتفاقية لا يتم تلقائيا من قبل القاضي، بل الأمر متوقف علي إثبات الخصوم لها، فان أثبتوا ذلك إكتسبت هذه العادة قوة وإلزاما.

ويجدر التنبيه أن القاضي حتى يطبق عادة اتفاقية على موضوع نزاع معين، يشترط أن لا تخالف هذه العادة في مادتها وصلبها قاعدة من التشريع وينبغي أن لا تخالف النظام العام.

3- **من حيث خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا:** إعمالا لنص المادة الأولى من القانون المدني يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون، فان أخطأ القاضي في تطبيقه، خضع لرقابة المحكمة العليا خلافا للعادة الإتفاقية كما رأينا فانها تعد مجرد واقعة[2].

إثبات العرف: لما كان العرف وفق قضاء المادة الأولى من القانون المدني مصدرا من مصادر القانون ألزم القاضي بمعرفته والعمل به دون حاجة لطلب الخصوم. إذ يفترض في القاضي إلمامه بقواعد العرف كما بينّا.

(1) أشار الدكتور حبيب، إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص104.
. الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص96.
(2) لتفصيل أكثر راجع الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص446.

ونظرا لصعوبة الإهتداء لمعرفة القواعد العرفية وما تفرضه من ضرورة الإستعانة بالغير فان القاضي عادة يستنير بآراء الفقهاء والشراح ويستعين أيضا بالخصوم. فعلى صاحب المصلحة من أطراف الخصومة آن يساعد القاضي من التحقق من وجود العرف وتحديد مضمونه خاصة إذا تعلق الأمر بالأعراف المهنية والتجارية وهذا طبعا بعد إثبات ركنيه المادي بشروطه المذكورة والمعنوي.

غير أن القاضي وهو يستعين بغيره للتحقق من وجود العرف وسماع الشهادات يظل هو المرجع النهائي في تقدير الأدلة وهذا تحت رقابة المحكمة العليا[1].

العرف كمصدر مكمل للتشريع ومساعد له: إذا كانت السمة البارزة في المجتمعات المعاصرة أنها تعتمد على التشريع كمصدر رسمي بحكم تعقد الروابط الاجتماعية وعدم إمكانية ملائمة العرف لتطور المجتمع، إلا أن ذلك لا يعني الإستغناء كلية عن العرف وفقده مكانته، بل تظل القواعد العرفية ومع التطور، صاحبة الفصل في تكملة النقص الذي قد يطرأ على التشريع أو مساعدة هذا الأخير في إيجاد الحلول المناسبة للإشكالات القانونية المطروحة.

العرف مكمل للتشريع: في هذه الحالة يفترض وجود نقص في التشريع أي أن القواعد المكتوبة والرسمية لم تعالج وضعا معينا مما يفرض على القاضي اللجوء للمصدر الذي يلي التشريع في المرتبة وهو مبادىء الشريعة الإسلامية، فإن لم يجد لجأ للعرف، فإن وجد في العرف ما يفصل النزاع المعروض عليه عد العرف هنا بمثابة مصدر مكمل للتشريع لأنه سد النقص الموجود وساهم في حل مشكلة قانونية.

ويختلف دور العرف كمكمل للتشريع من فرع إلى فرع آخر بصور متفاوتة نضرب أمثلة ببعض الفروع فيما يأتي:

في مجال القانون العام:

1- **القانون الدستوري:** إذا غفلت القواعد الدستورية المكتوبة عن ذكر مسألة معينة عاد للعرف الدستوري أمر إيجاد حل لها ويتعاظم دور العرف أكثر إذا كان الدستور عرفيا كما هو الحال في انجلترا.

2- **القانون الإداري:** سبق القول أن القانون الإداري غير مقنن للأسباب المشار إليها. ومن هنا عاد للقضاء والعرف الدور الأساس لحل

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع نفسه، ص445.

الإشكالات القانونية المطروحة، وهذا ما أقرته محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها: «إن العرف الإداري الذي استقر عليه العمل هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة التي دأبت جهة الإدارة على إتباعها»[1].

ويقصد بالعرف الإداري أن تتبع الإدارة سلوكا معينا بصورة متكررة ولمدة طويلة نسبيا على نحو يجعل الإدارة وكذلك الأفراد المتعاملين معها يعتقدون بالزامية انتهاج مثل هذا السلوك[2].

3- **في المجال الجنائي:** لا يلعب العرف أي دور في المجال الجنائي لأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يقتضي أن يخاطب المشرع الأشخاص بقواعد مكتوبة فيحصر الجرائم ويحدد لها عقوبات معينة ولأن عدم تقنين الفعل الجرمي يعني إباحته للأفراد.

في مجال القانون الخاص:

1- **القانون المدني:** يلعب العرف دورا محدودا في مجال القانون المدني لأن التشريع المدني بلغ درجة كبيرة من الإحاطة والشمول بمختلف العلاقات والروابط بدليل أن القانون المدني الجزائري قد احتوى على 1003 مادة مسّت كل أنواع التصرفات المدنية من بيع وإيجار ورهن وغيرها. هذا فضلا على أن القانون المدني يعتبر من أقدم فروع القانون الخاص على الإطلاق. ولما كان الأمر كذلك تدخل العرف فقط في تنظيم ما غفل عنه المشرع ولم تشر إليه مبادىء الشريعة الإسلامية. ومن أمثلة العرف المدني أن البائع في البيع بالعربون يحتفظ بالقسط الذي يسلمه له المشتري إذا تراجع هذا الأخير عن رغبته في إتمام عملية البيع، ومن أمثلته أيضا إحتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها الذي تكتسبه بعد الإقتران به.

2- **القانون الدولي الخاص:** أنكر بعض الشراح وجود عرف دولي ملزم في نطاق القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يرى فريق آخر أن القانون الدولي الخاص تأثر إلى حد كبير بلقواعد العرفية وما توصل المشرعون لتقنينه ما هو

(1) الدكتور توفيق بوعيشة، المرجع السابق، ص107.

(2) الدكتور محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص102.

إلا عبارة عن جمع لأعراف كانت سائدة ومستقرة منذ زمن طويل مثل قاعدة خضوع التصرف لقانون المحل وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه[1].

3ـ **القانون التجاري**: من المسلم به أن للعرف في البيئة التجارية دور كبير ولم يحظ فرع من فروع القانون بالقواعد العرفية بقدر ما حظي به القانون التجاري، وذلك بسبب اعتياد التجار منذ القدم على اتباع قواعد معينة في معاملاتهم التجارية واعتقادهم بإلزامها وعدم جواز الخروج عليها. ومن أمثلة العرف التجاري تخفيض الثمن عوضا من الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع[2].

4ـ **القانون البحري**: للعرف دور هام في القانون البحري وهذا يرجع إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون وعجزها عن ملاحقة الملاحة والتجارة البحرية المتجددة[3].

5ـ **قانون العمل**: رغم تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل على النحو السابق شرحه وبيانه، إلا أن هذا التنظيم لم يفقد العرف دوره في هذا الفرع من فروع القانون. ولقد أثبتت الدراسات القانونية أن دور العرف في مجال قانون العمل يتجاوز بكثير دوره في مجال القانون المدني، وأن أغلب ما تم تشريعه من نصوص تنظم عالم الشغل هو في أصله قواعد عرفية، ومن أمثلة ذلك الحق النقابي الذي تمت ممارسته واقعيا قبل الإعتراف به رسميا[4].

ثانيا- العرف مساعد للتشريع:

كثيرا ما تحيل النصوص التشريعية صراحة بخصوص مسألة معينة إلى العرف فيقوم هذا الأخير بتفسير ما أحاله إليه المشرع، ومن هنا يتوقف تطبيق القاضي

(1) الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص14.
(2) لتفصيل أكثر راجع الدكتور سمير عالية، المرجع السابق، ص36.
الدكتور أحمد محرز، المرجع السابق، ص37. - الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص37.
(3) راجع الدكتور كما طه (القانون البحري) ص18.
(4) راجع الدكتور جلال مصطفى القريشي، المرجع السابق، ص51 وما بعدها.
أستاذ: حسبة سليمان، المرجع السابق، ص5 وما بعدها

للتشريع على ضرورة رجوعه للعرف لتفسير المسألة التي أحال اليها المشرع. ومن أمثلة ذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 111 الفقرة الثانية من القانون المدني بقولها: «*أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعني الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات*».

إذن في حالة البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد وبهدف الوقوف على الرابطة العقدية على حقيقتها (الرابطة الفعلية)، فان المشرع رسم للقاضي معلما يستعين به لتفسير العلاقات التي يحوم حولها غموض بشأن تكييفها. ومن هنا يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إذا لم يستعن بالعرف.

ومن الأمثلة أيضا ما جاء في المادة 488 مدني بقولها: «***يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الإنتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا ولكن لا يضمن العيوب التي جري العرف بالتسامح فيها***».

فحتى يعرف القاضي ما يجوز التسامح فيه من عيوب لحقت العين المؤجرة، وما لا يجوز، وجب أن يستعين بالعرف ليحدد خاصة مسؤولية المؤجر.

إن تطور ظروف المجتمع وعدم استقرار أساليب المعاملات على نمط واحد هي التي دفعت المشرع أن يحدد للقاضي مصدر التلقي فيلزمه باتباع ما تعارف عليه الناس بشأن مسألة معينة يكون هو (المشرع) قد أحال بصددها وهذا مسلك يحمد المشرع عليه.

المبحث الرابع:
مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة

تعتبر مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الأخير من مصادر القانون بحسب ما جاء في المادة الأولى من القانون المدني. وهذا أمر في غاية طبيعته، ذلك أن القاضي إذا عرضت عليه منازعة ولم يجد حلا لها في التشريع ولا في مبادىء الشريعة الإسلامية فلا يستطيع أن يرد المنازعة ويرفض الفصل في الدعوى تحت حجة وعنوان عدم وجود القاعدة القانونية لأن المادة العاشرة من القانون الأساسي للقضاء[1]، تمنع القاضي بأن يقوم بأي عمل من شأنه أن يوقف أو يعرقل سير العدالة، ولأنه لو فعل ذلك وقع تحت طائلة التجريم والعقاب وهذا ما نصت عليه المادة 136 من قانون العقوبات بقولها: «*يجوز محاكمة كل قاضي أو موظف إداري يمتنع بأية حجة كانت عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على إمتناعه بعد التنبيه عليه أو أمره بذلك من رؤسائه ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3000 د.ج. وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة*».

وفضلا عن ذلك يمكن أن يؤول الأمر إلى مساءلة القاضي مدنيا وفق قضاء المادة 214 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها صراحة: «*يجوز مخاصمة القضاة من غير اعضاء المجلس الأعلى في الأحوال التالية*[2]*:... إذا امتنع القاضي الحكم*». وهو ما أصطلح على تسميته في الفقه بحالة إنكار العدالة. وقد قدم لها المشرع تعريفا في المادة 215 من ذات القانون بقوله: «*يعد إمتناعا عن الحكم رفض القضاة الفصل في العرائض المقدمة إليهم وإهمالهم الفصل في قضايا صالحة للحكم فيها*».

ومن هذه النصوص وغيرها كثير نستنتج أن إرادة المشرع إتجهت نحو تجريم فعل الإمتناع عن النظر في القضايا مما يفرض عليه أن يجتهد ويفصل في النزاع مع

(1) الصادر بالقانون رقم 21/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989.

(2) [illegible] عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري، رسالة [illegible] 1995، ص204 وما بعدها.

غموض النص، أو تناقض النصوص، بل وحتى في حالة عدم وجود قاعدة في التشريع والشريعة الإسلامية والعرف وهذا وفق ما تقضي به قواعد العدالة وبحسب ما توصل إليه فهمه وقناعته الشخصية.

ماذا يقصد بمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟ إن الإحالة إلى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعني إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء[1].

ولم يكن من المتصور إثارة مسألة تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كان كاملا لا يشوبه أي نقص، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتما، ولا يمكن للبشر أن يحيط علما بكل صغيرة وكبيرة وينظم مختلف العلاقات وسلوك الأشخاص في الحاضر وأن يتنبأ إلى أنجع الوسائل لحسم الخلافات المستقبلية.

ولقد أشار أرسطو في كتابه «السياسة والأخلاق» لظاهرة نقص التشريع ودور القضاة في سده بقوله: «*عندما يكون التشريع قد عبر بوضوح عن قصده فانه يترك بعد ذلك لإشارة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي وهو ما يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت*» وقال أيضا: «*إنه ونظرا لعدم وجود قوانين لهذه الحالات الخاصة فيجب على الإنسان (يقصد القاضي) أن يكمل ذلك*»[2].

وإذا كانت نظرية الفصل بين السلطات تفرض على السلطة القضائية عدم التدخل في أعمال السلطة التشريعية، فان القاضي يستطيع بحكم مهامه وطبيعة عمله، وفي مواضع محددة، أن يقترح حلا للإشكالية المعروضة عليه ليطبقها على النزاع ولا يعد بذلك متجاوزا لصلاحياته، لأن المشرع في نص المادة الأولى مدني فوض له هذا الأمر وزوّده بهذه الصلاحية، وهو بذلك كما قال الفقهاء يمارس دورا مزدوجا يجتهد في وضع القاعدة ويطبقها على الحالة المعروضة عليه، وهنا تبرز بحق عظمة القضاء ويظهر بجلاء الدور الكبير الذي يقوم به القاضي[3].

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص112.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص 482.

(3) الدكتور عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، نشرة القضاة الصادرة عن وزارة العدل، العدد 48، ص123.

والمقصود بالإجتهاد هنا أن يقوم القاضي ببحث علمي قصد إيجاد حل عادل للنزاع ويرجع إلى نفس الجوهر الذي يستهدي به المشرع ذاته في وضع القواعد العامة للتشريع. ويستلهم الحل من مثل العدل أو الأخلاق الانسانية العالمية[1]. فالاجتهاد فرصة للقاضي لأن يحلق في سماء العدالة ليستقي الحل مستعملا رصيده القانوني ومعرفته بنصوص التشريع ومبادىء الشريعة وقواعد العرف، فيعمدا إلى إجراء القياس وربط الأحكام ببعضها سعيا منه الوصول إلى حل يحسم النزاع.

ومن المفيد أن نذكر أن أسلافنا من أعلام الأمة الإسلامية تركوا لنا آثارا زاخرة في مجال المعاملات ومجالات أخرى كثيرة تساهم دون شك في تنوير سبيل الإجتهاد لقضاتنا فيما لم يرد بشأنه نص في التشريع. قال العلامة أحمد إبراهيم بهذا الخصوص: *«وليعلم أن بين أيدينا الآن كنوزا ثمينة من المصنفات القيمة وموسوعات السنة وشروح الحديث مما لم يكن ميسورا وجوده كله مجموعا عند سلفنا الصالح الذين كان يرحل أحدهم إلى البلاد النائية لطلب الحديث أو الحديثين كذلك وضعت معاجم قيمة لغريب الكتاب ولغريب السنة...»* وقال أيضا: *«... وبالجملة فالإجتهاد ميسور الآن لتكامل عدته تكاملا أكثر مما كان عليه الحال من قبل...»*[2].

ما الحكمة من الإعتراف للقاضي بالإجتهاد؟

لاشك أن تمكين القاضي من اللجوء للإجتهاد أمر يتماشى مع حق الفرد في اللجوء للقضاء هذا الحق الذي اعترفت به المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة السابعة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان المصادق عليه في نيروبي 1981 والمعتمد في الجزائر بمقتضى القانون رقم 06/87 المؤرخ في 3 فبراير 1987 والمرسوم رقم 37/87 المؤرخ في 3 فبراير 1987. وتم تأكيد هذا الحق بموجب القاعدة الدستورية (المادة 140 من دستور 96) ذلك أن عدم الإعتراف للقاضي باللجوء للإجتهاد في حالة عدم وجود نص في التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف يعني وجود منازعة دون حل ودعوى دون حكم وهو ما يخل ويهدم حق التقاضي المشار إليه.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص490.

(2) أنظر الدكتور يوسف القرضاوي، الإجتهاد، البليدة، الجزائر، مؤسسة اتحاد المغرب العربي، دون تاريخ، ص61.

وإذا كان حق التقاضي مكفول للجميع ومبدأ رسمته المواثيق الدولية، وأكده القانون الأساسي في الدولة، فينبغي لتجسيده في أرض الواقع تمكين القاضي أولا من اللجوء للإجتهاد ليتوج الدعوى بحكم، ومساءلته جزئيا ومدنيا[1] إن هو رفض صراحة الفصل في قضية معروضة عليه رغم دخولها في عموم ولايته وإختصاصه.

ولقد استندت المحاكم المصرية فيما مضى إلى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة لحسم كثير من النزاعات ومما يذكر في هذا المجال ما صدر عنها من أحكام بشأن حماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية كحق المؤلف والمخترع. فالمشرع المصري في القانون المدني القديم أحال بخصوص حماية هذا الحق إلى قانون خاص ينظم هذه المسألة، غير أن هذا القانون لم يصدر ورفعت دعاوى تمس في موضوعاتها بالحقوق المعنوية، مما فرض على القضاء المصري أمام حالة عدم وجود القواعد القانونية التي تحكم النزاع إلى اللجوء للإجتهاد والذي استهدى بأحكام المسؤولية التقصيرية[2].

---

(1) جدير بالملاحظة أن المشرع أحاط حالة إنكار العدالة بإجراءات معينة حتى لا يساء استعمالها وذلك بالنظر لخطورتها. لتفصيل أكثر راجع رسالتنا للدكتوراه المشار إليها، ص296 وما بعدها.

(2) الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص111.

الفصل الرابع

تطبيق القانون

تطبيق القانون

إن القاعدة القانونية إذا تكونت ينبغي تطبيقها لأنها جاءت بالأساس لتحكم سلوك الأشخاص في المجالات المختلفة، إذ ما الفائدة مثلا بالنسبة للتشريع أن يقترح القانون ويناقش وتتم المصادقة عليه ويصدر وينشر بما تأخذه هذه المراحل والعمليات من وقت وجهد، دون إدخال ما شرع حيز التطبيق والتنفيذ.

والحديث عن تطبيق القانون يدفعنا بالضرورة لذكر مجالات هذا التطبيق، وهو **ما يفرض علينا طرح جملة من الأسئلة هل يسري القانون فقط في حق العالمين به، أم أن تطبيقه يمتد لغير العالمين؟**

وهو ما سنجيب عنه تحت عنوان تطبيق القانون من حيث الأشخاص. وإذا حسمنا التطبيق بالنظر للمخاطبين بالقاعدة والمشمولين بها يثور تساؤل آخر هل أن للقانون سريان فقط في حدود اقليم الدولة أم أنه بالإمكان أن يتجاوز هذه الحدود؟ سنجيب عن هذا التساؤل عند التعرض لتطبيق القانون من حيث المكان.

وإذا صدر القانون فهل يكون لسريانه أثر على المستقبل فقط أم على الماضي أيضا؟ هذا ما سنعرفه عند التطرق لتطبيق القانون من حيث الزمان، وتبعا لما ورد من أسئلة قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

سنستعرض:

في المبحث الأول : **تطبيق القانون من حيث الأشخاص.**

وفي المبحث الثاني : **تطبيق القانون من حيث المكان.**

وفي المبحث الثالث : **تطبيق القانون من حيث الزمان.**

المبحث الأول:

تطبيق القانون من حيث الأشخاص

(مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون)

مفهوم المبدأ وأهميته:

إذا ظهرت القاعدة القانونية للوجود مستمدة رسميتها من المصادر التي أشرنا إليها، فانها تسري في حق المخاطبين بها، المشمولين بأحكامها، سواء علموا بها أو لم يعلموا، فلا يجوز الإحتجاج بعدم العلم بالقانون لأن هذا يصطدم مع مبدأ متأصل في علم القانون هو «مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون»، ولأن فتح هذا المجال يعني ببساطة تطبيق قواعد القانون على فئة دون أخرى، وهو ما يخل بمبدأ مساواة الأفراد امام القانون.

ولعلنا لا نجانب الصواب قيد شعرة إن قلنا أن قبول مبرر الإدعاء بجهل القانون أمام السلطة القضائية سيبعث دون أدنى ريب شللا في قواعد القانون ويجعل حركتها محدودة، خاصة وأنه من الصعب إثبات عملية العلم فيصبح كل فرد عالم بالقاعدة القانونية بامكانه الإدعاء بجهلها أمام القضاء، ويتسع نطاق الإدعاء، ويعم إلى درجة إعدام القاعدة القانونية.

وبناء على ذلك فان توقف تطبيق القاعدة القانونية على مسألة العلم من شأنه أن يفتح أبوابا كثيرة للأفراد ويمكنهم بسهولة ويسر من الإفلات والخضوع لحكم القانون تحت قناع ومبرر الجهل بالقاعدة القانونية. وبذلك تعم الفوضى ويعرف المجتمع ضروبا شتى من الهزات وعدم الإستقرار في مجال المعاملات ويفقد القانون نتيجة ذلك أحد أهم وظائفه وأهدافه وهو حفظ النظام العام وبعث الإستقرار الإجتماعي.

وتبدو الحكمة في عدم جواز الإعتذار بجهل القانون واضحة إذا قلنا أن الجهل خطأ، والخطأ لا يمكن أن يقبل كعذر أمام القضاء حتى لا يكون وسيلة للتهرب من الخضوع لحكم القانون أيا كان الدافع له.

من أجل ذلك قلنا أنه لا يكفي إصدار النص، بل ينبغي نشره ليعلم الجمهور به من المعنيين وغير المعنيين، وقصدنا بالنشر الإعلان عن ميلاد التشريع حتى يتسنى

للأفراد العلم به فلا يتصور أن يكون القانون سرا خافيا على المخاطبين بحكمه. لذلك راح البعض إلى القول أن التشريع لا يستمد قوته من ذاته، وإنما يستمدها من نشره أي من الواقعة التي تجعل العلم به ممكنا[1] بل أنه والى جانب النشر قد تعمد السلطة التنفيذية إلى توسيع مجال العلم اعتمادا على وسائل الإعلام كالتلفزيون والراديو والجرائد أو نشره في المؤسسات الرسمية والشوارع العامة.

وإذا كان من واجب السلطات المختصة نشر التشريع ليعلم الأفراد به، فانه يصبح من الواجب أيضا على هؤلاء الإطلاع والبحث عن النصوص ومعرفتها خاصة إذا كانت تعنيهم وتحكم نشاطهم وعلاقاتهم وتضبط مصلحتهم. فلا يستقيم الأمر أن يمارس الشخص أعمالا تجارية وهو يجهل القانون التجاري ولا يعرف على الأقل ما يرتب له هذا القانون من حقوق وما يفرضه عليه من التزامات. ولا يعقل أن يمارس الشخص التجارة وهو يجهل التشريعات ذات الصلة بالحياة التجارية كقانون الضرائب وقانون المنافسة وقانون حماية المستهلك وغير ذلك.

وقد أحسن المؤسس الدستوري صنعا أولا حين رفع مبدأ عدم الإعتذار بجهل القانون إلى مصف القواعد الدستورية، وهو ما أكدته المادة 60 من دستور 96 ويقابلها المادة 57 من دستور 89 والمادة 74 من دستور 1976. وثانيا حين ذكر هذا المبدأ تحت عنوان الواجبات مما يجعل العلم بالقانون واجبا دستوريا.

ولا نقصد بعبارة واجب الأفراد في معرفة القانون أن ينقلب كل فرد في المجتمع رجل قانون يعرف فيه كل صغيرة وكبيرة، وما شرع وما ألغي، وما تم وما عدل، لأن هذا أمر صعب المنال حتى على القانونيين أنفسهم، بل إننا نقصد أن يلزم الفرد على الأقل ولمصلحته، بمعرفة ما يحيط به من قواعد تنظم نشاطه وتحكم علاقاته.

نخلص من ذلك إلى نتيجة أن مبدأ عدم الإعتذار بجهل القانون لا يصطدم مع مبدأ العدالة خاصة وأن المصدر الرئيسي الذي ينظم علاقات الأشخاص هو التشريع، وأن هذا الأخير يجب نشره ليعلم الكافة به، وبعد نشره ينبغي التربص مدة يوم كامل إذا تعلق الأمر بالجزائر العاصمة وبعد يوم كامل من وصول الجريدة الرسمية لمقر الدائرة في المناطق الأخرى. وهذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون المدني، وهو ما نعتبره ضمانا كافيا يتيح للأفراد فرصة العلم بالقانون.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص596.

ويسري مبدأ عدم الإعتذار بجهل القانون أيا كان المبرر المقدم سواء كان المرض أو السفر خارج إقليم الدولة أو عدم معرفة القراءة والكتابة أو عدم فهم النص لغموضه مثلا. لأن فتح أي ثغرة كما قلنا من شأنه أن يرتب الآثار السلبية التي أشرنا إليها فتكثر الإدعاءات ويزداد نطاق الإستثناء -إن سلمنا بوجوده- اتساعا ما ينجم عنه نقض المبدأ وإهداره.

نطاق مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون:

1- **من حيث مصادر القانون:** عرفنا أن القواعد القانونية تتعدد مصادرها الرسمية من تشريع ومبادىء الشريعة والعرف وقد يوحي المصطلح المستعمل في اللغة الفرنسية nul n'est censé ignorer la loi أن مجال هذا المبدأ يقتصر على التشريع دون سواه من المصادر الأخرى، والحال أن المبدأ المذكور يمتد لمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف أيضا[1] لذا نرى أن المصطلح العربي أبلغ وأصوب.

وترتيبا على ذلك لا يجوز للشخص أن يدعي جهله بمبادئ الشريعة الإسلامية طالما كانت مصدرا من مصادر القانون يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع. وكذلك لا يجوز الإدعاء بجهل العرف. ولقد ذكرنا عند التمييز بين العادة الاتفاقية والعرف أن هذا الأخير ينطبق بغض النظر عن علم الأفراد به، ويطبقه القاضي من تلقاء نفسه دون حاجة لطلب الخصوم.

2- **من حيث درجة إلزام القاعدة القانونية:** ذهب إتجاه في الفقه إلى القول أن مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون يقتصر تطبيقه على القواعد الآمرة، فهي القواعد التي يكون فيها المشرع صارما وقطع كل مجال لمخالفتها، بل ورتب على المخالفة جزاء، وهي أيضا مجموع القواعد ذات الصلة بالنظام العام كما رأينا. ونتيجة لما تتصف به القواعد الآمرة من مميزات وجب علم الأفراد بها.

وخالف الإتجاه الغالب في الفقه هذا الرأي لأن مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون يمتد أيضا للقواعد المكملة، ولأن هذا النوع من القواعد حتى وإن كان فيها

(1) - الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص628.
- الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص121.
- الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص133.

المشرع قد فتح مجالا للأفراد لمخالفتها بإقرار حكم مخالف لما جاءت به، إلا أنها مع ذلك تظل ملزمة.

وطالما اشتركت مع القواعد الآمرة في عنصر الإلزام فلا يعقل قصر المبدأ المذكور على القواعد الآمرة دون المكملة، فضلا على أن قصر المبدأ على القواعدالآمرة فقط سيفتح مجالا واسعا أمام الأفراد للإدعاء بجهل القواعد المكملة واستبعادها من قبل ذوي المصلحة حتى بعد التعاقد مما يخدش عنصر الإلزام فيها، ويهز مبدأ استقرار المعاملات.

3- **من حيث موضوع القاعدة القانونية:** يشمل المبدأ مجموع قواعد القانون العام والخاص فلا يجوز مثلا في المجال المالي أن يدعي شخص بأنه لا علم له بأن النشاط الذي يمارسه لا يخضع لضريبة معينة أو رسم. وكذلك الحال بالنسبة للموظف لا يجوز له أن يحتج بعدم علمه بأحد واجباته الوظيفية مثلا، ويسري المبدأ أيضا على مجموع فروع القانون الخاص لأنه أحد المبادىء الجوهرية في علم القانون ككل.

الإستثناءات الواردة على المبدأ: مع التسليم بأن مبدأ عدم جواز الإعتذار بجهل القانون هو مبدأ أساسي من مبادىء القانون تقتضيه روح العدالة ويفرضه مبدأ المساواة أمام القانون، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة دون أن يرد عليه أي استثناء.

ولقد ثار جدل في الفقه بشأن حالات الإستثناء ولم يقع الإجماع إلا بصدد حالة القوة القاهرة، إذ يجوز للأفراد الإحتجاج بجهل القانون طالما قام الدليل حول عدم وصول الجريدة الرسمية لمنطقة معينة بسبب عائق ما كحدوث زلزال أو فيضان أو تعرض المنطقة لغزو خارجي أو انقطاع المواصلات... فكلها اعتبارات موضوعية توجب قبول عذر الجهل بالقانون. ولقد سبق القول أن عدم نشر التشريع يترتب عليه عدم إمكان تطبيقه والسبب في ذلك أن عدم نشر التشريع يثبت بشكل قاطع استحالة العلم به (التشريع) فكذلك يجب تطبيق ذات الحكم إذا عزلت منطقة معينة عن باقي مناطق الدولة بسبب ظروف استثنائية.ويترتب على استبعاد المبدأ في مثل هذه الظروف الإستثنائية إمكان الإعتذار بجهل القانون وعدم تطبيق أحكامه إلا بعد

زوال القوة القاهرة ووصول الجريدة الرسمية إلى المنطقة المعنية[1]. ولا يؤدي هذا الإستثناء باعتقادنا إلى إهدار المبدأ أو الإخلال بمضمونه، لأن القاعدة كما يقال يؤكدها الإستثناء، ولأن هذا الإستثناء أمر توجبه مبادىء العدالة ذاتها.

أما بقية الحالات فلم ترق إلى مرحلة التسليم بها من جانب الفقه لأنها محل خلاف، ومنها حالة الغلط في القانون أي ذلك الغلط الذي ينصب على جهل المتعاقد بحكم القانون في مسألة معينة كمن يبيع نصيبه في الإرث ظنا منه أنه يرث الربع ثم يتضح له أن نصيبه أكثر من ذلك، أو كأن يتعهد شخص بالوفاء بدين وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنيا فيجوز له أن يطلب إبطال التعهد[2].

و لحقيقة أن التأمل في هذه الأمثلة يجعلنا نسقط مثل هذا الإستثناء، ولا نسلم به كقيد ووارد على المبدأ لأن الإدعاء بالوقوع في الغلط لا يعني بحال من الأحوال أن المدعي أفلت من الخضوع لحكم القانون بل إن حكم القانون يطبق دائما ويخول لكل متعاقد الحق في طلب إبطال العقد بسبب الغلط[3].

(1) الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص136.

(2)- الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص611.

- الدكتورة فريدة محمدي، المرجع السابق، ص122.

- الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع نفسه، ص137.

(3) لتفصيل أكثر راجع لبنى المختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984، ص127 وما بعدها.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث المكان

إن تطبيق القانون من حيث المكان يتم وفقا لمبدأين يكمل كل واحد منهما الآخر وهذين المبدأين هما مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين.

1 ـ **مبدأ الإقليمية:** الأصل أن القانون يعبر عن مظهر من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها بمجالاته المختلفة، فمن حق أي دولة أن تصدر من التشريعات والتنظيمات ما تنظم به علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وعلاقات هؤلاء بأجهزة الدولة.

ويرتبط مبدأ إقليمية القوانين بظهور مبدأ السيادة ارتباطا وثيقا. وقد كان سائدا بصفة مطلقة في المجتمعات البدائية التي كانت منغلقة على نفسها انغلاقا يتسم بعداء كل منها تجاه الأخرى[1]. أما اليوم وبعد أن كثر التعامل فيما بين أفراد من جنسيات مختلفة وكثر الإنتقال بين الأقاليم، وتغيّر النظرة للأجنبي وغيرها من العوامل كثير، أدى ذلك إلى ظهور مبدأ الشخصية كاستثناء وارد على مبدأ إقليمية النص.

مجال المبدأ: ذكرنا فيما سبق أن علاقات القانون العام يطغى عليها جانب السيادة بشكل جلي، ونتيجة ذلك أضحى من المنطق أن يسيطر مبدأ الإقليمية على مجموع فروع القانون العام، فالقانون الدستوري يتكفل بتنظيم سلطات الدولة وتحديد حقوق وحريات الأفراد وبالنظر لخصوصية القواعد الدستورية فلا يتصور أن تنفذ خارج إقليم الدولة، فهي إذن قواعد إقليمية. فالقواعد المنظمة لعمل الهيئة التشريعية من حيث تشكيلها ودوراتها وجلساتها وصلاحياتها وعلاقاتها بالسلطات الأخرى هي قواعد سنت بالأساس لتطبق داخليا وكذلك الحال بالنسبة للقواعد المنظمة لعمل بقية السلطات.

ومجموع الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا يتحدد مجالها إقليميا، غير أنه بالنسبة للحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف العليا لا يعقل أن تمتد لغير الوطنيين لأن أساس الإعتراف بها هو المعيار السياسي وبالمقابل يخضع هؤلاء الوطنيين لواجبات معينة كأداء الخدمة العسكرية بالنسبة للذكور منهم،

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص637.

وفي المجال الجنائي يعد قانون العقوبات مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فمن حق أي دولة أن تجرم من الأفعال ما تراه صالحا للمحافظة على أمنها وعلاقة أفرادها ويحكم التشريع العقابي مبدأ إقليمية النص الجنائي والذي يؤدي إلى إخضاع الجرائم المرتكبة على إقليم الدولة لقانونها الوطني أيا كانت جنسية الفاعل. فلا يطبق قانون عقوبات أجنبي على جريمة ارتكبت في الإقليم الوطني. وبالمقابل لا يمتد نطاق القانون الجنائي الوطني إلى خارج إقليم الدولة حيث يصطدم بسيادات دولة أخرى[1]، لذلك نصت المادة الثالثة من قانون العقوبات على ما يلي: «*يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أراضي الجمهورية الجزائرية*» فلا يجوز للأجنبي الذي يرتكب جريمة خارج إقليم دولته أن يتمسك أما قضاء هذه الدولة (التي ارتكبت فيها الجريمة) بتطبيق قانون العقوبات لدولته على أساس أنه أقل شدة لأن ذلك يصطدم بسيادة الدولة كما قلنا. فالقانون الوطني هو وحده المختص بقمع الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة دون أن يشاركه قانون آخر. وتفريعا على هذا المبدأ لا يملك القاضي الجنائي تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني خلافا للقاضي المدني الذي يطبق في مواضع معينة القانون الأجنبي كما سيأتي البيان.

وما قيل عن القانون الجنائي في شقه الموضوعي يقال عن الشق الإجرائي فلا يجوز للأجنبي التمسك بالجوانب الإجرائية المنصوص عليها في قانون دولته، بل يخضع بخصوص هذا الأمر لقانون الدولة التي ارتكبت الجريمة في ترابها، وذات المبدأ ينطبق في المجال الإداري فمجموع القواعد التي توصلت السلطة المختصة لتقنينها تسري داخل إقليم الدولة وتشمل كأصل العام الوطنيين والأجانب كالقواعد المتعلقة بلوائح الضبط وغير ذلك مما يدخل في المجال الإداري. وتسري قواعد قانون المالية بما تحمله من ضرائب ورسوم على حاملي جنسية الدولة وغيرهم. هذا ويجدر التنبيه أنه وفي إطار التحفيز يجوز إعفاء المستثمرين من الخضوع لبعض الضرائب والرسوم كليا أو جزئيا مثلما هو منصوص عنه في مختلف قوانين الإستثمار.

وفي مجال القانون الخاص، فالأصل أنه يخضع هو الآخر لمبدأ الإقليمية فما أقر من نصوص في المجال المدني والتجاري والبحري وغيره يطبق على جميع المقيمين في اقليم الدولة وطنيين كانوا أو أجانب. وبالمقابل لا ينفذ القانون الخاص كقاعدة عامة للخارج ولكن واستثناءا من هذه القاعدة قد يطبق القانون الخاص خارج إقليم الدولة

(1) الدكتور عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص83.

وهذا إعمالا لمبدأ الشخصية وتحديدا في العلاقات ذات العنصر الأجنبي والتي تكفل القانون الدولي الخاص بتنظيمها. فموضوع هذه العلاقات والمعاملات لا علاقة لها بالجانب السيادي للدولة والذي أقر مبدأ الإقليمية من أجل حمايته والمحافظة عليه كما أنه يفترض فيها ألا تعارض مع النظام العام ومن ثم فلا ضرر من اللجوء للقانون الشخصي للأجنبي وتطبيقه في مواضع محددة خاصة وأن النظرة إليه كما قلنا قد تغيرت وعرفت تطورا كبيرا عن ذي قبل.وحتى في دائرة القانون الخاص فان مبدأ الإقليمية لازال ساريا منتجا لأثره في مسائل عديدة لعل أبرزها ما يلي:

- القوانين المتعلقة بشكل التصرفات حيث نصت المادة 19 مدني على أن تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه كأصل عام ويمكن أن تخضع لقانون آخر[1].

- القوانين المتعلقة بالعقار. طالما كان العقارا ثابتا فانه يخضع لقانون البلد الموجود فيه، وهذا ما قضت به صراحة المادة 17 مدني.

- القوانين المتعلقة بالإختصاص القضائي وإجراءات التنفيذ.

إن توزيع الإختصاص بين مختلف الجهات القضائية ورسم قواعده مكانا ونوعا هي قواعد في مجملها إقليمية فلا يحق للأجنبي التمسك بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون دولته وكذا الحال بالنسبة لاجراءات التنفيذ، بل تخضع لقانون الدولة التي يراد تطبيق الإجراء فيها.

الإستثناءات الواردة على المبدأ:

أولا- في مجال القانون الخارجي (القانون الدولي العام): جرى العرف الدولي على إعفاء رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين وزوجاتهم وأفراد أسرهم المقيمين معهم من الخضوع للقانون الوطني[2] وهذا أمر طبيعي بالنظر لصفة هؤلاء.

ثانيا- في مجال القانون الداخلي: إذا كان الأصل أن قواعد القانون تنطبق على جميع الأفراد المخاطبين بها المقيمين على إقليم الدولة، إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناء خاصة في مجال القانون العام نوجز حالته في ما يأتي.

(1) لتفصيل أكثر راجع الدكتور علي علي سليمان (مذكرات في القانون الدولي الخاص)، ص83 وما بعدها.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص643.

1 ـ **في المجال الدستوري:** إن مجموع الحقوق السياسية الواردة في الوثيقة الدستورية لا يتمتع بها إلا الوطنيين كحق الانتخاب والترشح وتقلد الوظائف فلا يتصور أن تنصرف للأجانب.

2 ـ **في المجال الإداري:** القاعدة العامة في تولي الوظائف العامة أن التوظيف مقصور على الوطنيين دون الأجانب وهذه القاعدة لا تمنع من الإستعانة ببعض الأجانب في إطار اتفاقات خاصة وإخضاعهم لنصوص مختلفة[1].

3 ـ **في المجال المالي:** يسري القانون المالي في النطاق الإقليمي ويمس كأصل عام الوطنيين والأجانب، غير أنه يجوز وفي إطار تحفيز الأجانب على الإستثمار واستغلال قدراتهم إعفائهم من الخضوع لبعض الضرائب.

4 ـ **في المجال الجنائي:** (سريان قانون العقوبات على جرائم ارتكبت في الخارج)

نصت المادة الثالثة من قانون العقوبات في فقرتها الثانية على ما يلي: «*كما يطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائية طبقا لأحكام قانون الإجراءات الجزائية*». ومنه يتضح أن المشرع أورد على مبدأ الإقليمية في المجال الجنائي استثناءا يخص الجرائم المرتكبة في الخارج بكيفية يحددها قانون الإجراءات الجزائية.

ورجوعا لهذا الأخير وتحديدا لنص المادة 582 نجدها قد نصت على ما يلي : «*كل واقعة موصوفة بأنها جناية معاقب عليها في القانون الجزائري ارتكبها جزائري في خارج إقليم الجمهورية يجوز أن تتابع ويحكم فيها في الجزائر.*

غير أنه لا يجوز أن تجري المتابعة أو المحاكمة إلا إذا عاد الجاني إلى الجزائر ولم يثبت أنه جكم عليه نهائيا في الخارج وأن يثبت في حالة الحكم بالإدانة أنه قضى العقوبة أو سقطت عنه بالتقادم أو حصل على العفو عنها».

وجاء في المادة 583 من ذات القانون . «*كل واقعة موصوفة بأنها جنحة سواء في نظر القانون الجزائري أم في نظر تشريع القطر الذي ارتكبت فيه يجوز المتابعة من أجلها والحكم فيها في الجزائر إذا كان مرتكبها جزائريا*».

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، والدكتور محمد حسني منصور، المرجع السابق، ص75

ويتبين من النصوص السابقة أنه ولمحاكمة جزائري عن جريمة ارتكبت في الخارج يشترط ما يلي:

1 ـ يجب أن تكون الواقعة المرتكبة في الخارج جناية أو جنحة في نظر قانون العقوبات الجزائري ومن هنا أخرج المشرع المخالفات لأنها لا تتضمن خطورة.

2 ـ أن تكون الجريمة المرتكبة تشكل جناية أو جنحة بالنظر لقانون الدولة التي ارتكبت فيها.

3 ـ أن يكون المتهم جزائريا.

4 ـ يشترط أيضا عودة المتهم إلى الجزائر قبل انقضاء الدعوى العمومية بالتقادم.

5 ـ أن لا يكون المتهم قد خضع لحكم في الخارج لأنه لا يجوز معاقبة شخص مرتين على فعل واحد.

6 ـ تقديم الشكوى من الطرف المضرور أو البلاغ من الجهات الرسمية للدولة التي ارتكبت فيها الفعل الجرمي. وهذا شرط إضافته الفقرة الأخيرة من المادة 583 ويخص فقط الجنح[1].

ثالثا.مبدأ الشخصية:

مفهومه: سبق القول عند الحديث عن تطور القانون الدولي الخاص أن النظرة للأجنبي تطورت عن ذي قبل، فزالت التفرقة بين الوطني والأجنبي وزالت النظرة العدائية لهذا الأخير، وبدل أن كان الأجنبي وعلى امتداد حضارات كثيرة محل ريبة وحذر، محروم من ممارسة حقوقه بما فيها حقه في التقاضي خاصة عند بعض المجتمعات، أصبح اليوم من حقه أن يحتفظ بقانونه الشخصي وهو خارج إقليم دولته، وذلك في مواضع معينة. وهذا ما اصطلح على تسميته بمبدأ الشخصية.

مجاله: أجمعت النظم المعاصرة على التسليم بحق الأجنبي في التمسك بقانونه الشخصي إذا تعلق الأمر بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصية والنفقة والميراث. وبالمقابل يمتد قانون الدولة ليشمل رعاياها في الخارج بخصوص ذات الموضوع.

(1) لتفصيل أكثر راجع خاصة الدكتور إبراهيم الشياسي، المرجع السابق، ص28 وما بعدها.

- **وإذا كان مبدأ الإقليمية يلزم القاضي بتطبيق القانون الوطني فقط دون غيره،** فاذا تعلق النزاع بالمسائل الشخصية فإن القاضي، وبتوجيه من قواعد الاسناد الموجودة في قانونه الوطني يلزم بتطبيق القانون الشخصي للأجنبي فلو فرضنا أننا بصدد نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج فان القاضي الجزائري وإعمالا بنص المادة 11 من القانون المدني يلزم بتطبيق القانون الشخصي للزوجين.

ولعل الحكمة من تخصيص هذه المسائل دون غيرها تبدو واضحة في أن محل النزاع لا يتعلق بسيادة الدولة وهيبتها، ومن ثم فليس هناك أدنى ضرر ولا مساس بمبدأ السيادة أن يطبق القاضي المدني قانونا غير قانون دولته في مجال الزواج والطلاق والوصية وغيرها، بل إننا نمس بمقتضيات العدل حين نخضع الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية لقانون الدولة التي يقيم فيها، لأن الأمر لا يتوقف عند تطبيق قاعدة قانونية بدل أخرى، بل هو أعمق من ذلك خاصة أمام اختلاف النظم المعاصرة في تنظيم الأحوال الشخصية واختلاف النظرة لرابطة الزواج وأحكام الطلاق وغير، ذلك من المسائل من نظام قانوني إلى آخر بسبب اختلاف المعتقد.

ولما كانت الأحوال الشخصية ذات صلة وثيقة بالجانب العقائدي للشخص بات من الضرورة أن يعطى للأجنبي حق التمسك بقانونه الشخصي ويلزم القاضي بتطبيقه في حالة النزاع. وحسنا فعل المشرع الجزائري حين راعى هذا الاعتبار فجعل قانون الزوجين هو الواجب التطبيق بخصوص الشروط الموضوعية لعقد الزواج (المادة 11 مدني). وجعل قانون الزوج وقت الزواج هو الواجب التطبيق في ما يتعلق بالآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال (المادة 12 مدني). وأخضع انحلال الزواج لقانون الزوج وقت رفع الدعوى (المادة 2/12) ومدّ المشرع القانون الشخصي ليمس النفقة (المادة 14 مدني) وأحكام الولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين (المادة 15 مدني). وخضعت أحكام الوصية والميراث هي الأخرى لقانون الهالك أو الموصى (المادة 16).

وجدير بالإشارة أن تطبيق القانون الشخصي للأجنبي متوقف على ملاءمته للنظام العام لدولة القاضي. فاذا حدث الإصطدام وخالف القانون الأجنبي في مضمونه النظام العام تعين على القاضي الإمتناع عن تطبيق هذا القانون. وهذا ما نصت عليه

صراحة المادة 24 مدني بقولها: *«لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب في الجزائر».*

والخلاصة التي يمكن أن ننتهي إليها انه لم يعد اليوم بالإمكان أن يستأثر أحد المبدأين بنطاق تطبيق القانون من حيث المكان، فلا يعقل أن يسري مبدأ الإقليمية لوحده وبصفة مطلقة لا يرد عليها أي إستثناء لأن في ذلك مساس بالحقوق الشخصية للأفراد وتحديدا بدائرة الأحوال الشخصية.

فلا يتصور اليوم وقد تغيرت النظرة للأجنبي أن نضرب عليه قيدا في مجال الزواج أو الطلاق أو الوصية وغير ذلك. ومن زاوية ثانية لا يعقل أن يسري مبدأ الشخصية لوحده لأن في ذلك مساس بمبدأ السيادة. فلو فتحت كل دولة مجالا لتطبيق القانون الأجنبي في دائرة القانون العام والخاص على جميع الأجانب المقيمين في ترابها لترتب على ذلك تعدد القوانين وتنازعها وتنوعها داخل الدولة الواحدة.

لذا وإنصافا لحق الدولة في ممارسة سلطانها وسيادتها على إقليمها وإنصافا في حق الأفراد في التمسك بقانونهم الوطني، إذا تعلق الأمر بمسائل شخصية، بات من الضرورة أن نجمع بين المبدأين ليتعايشا معا ويطبق كل في مجال معين.

المبحث الثالث

تطبيق القانون من حيث الزمان

الأصل العام أن القانون يكون واجب التطبيق في اليوم التالي لنشره بالجريدة الرسمية وفق قضاء المادة الرابعة من القانون المدني المشار إليها أو من التاريخ الذي يحدده القانون لسريانه[1].

والمألوف في كل مكان وزمان أن قواعد التشريع لا تستقر على حال واحد، بل تلحقها يد التغيير إن إلغاء أو إضافة. فكلما استجدت ظروف سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وغيرها، اقتضى الأمر أن يتدخل المشرع لتعديل القانون القديم أو القاعدة القديمة واستبدالها بقواعد جديدة تلائم الوضع الجديد.

وطالما سلمنا بعدم ثبات التشريع داخل الدولة الواحدة فان تعاقب القوانين بشأن الموضوع الواحد يثير مشكلة تنازعها من حيث الزمان، لأن الإختلاف بين القاعدة القديمة والجديدة قد يكون جزئيا أو كليا مما يفرض تحديد المجال الزمني لكل قاعدة حتى لا يزداد التنازع حدة.

إن دراسة محور تطبيق القانون من حيث الزمان تقتضي منا استعرض تنازع القوانين من حيث الزمان والتي بدورها تقتضي التطرق لمبدأين أساسيين يكملان بعضهما، هما مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري للقوانين.

وقبل الولوج في هذا الموضوع نفضل في البداية التمييز بين تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان ثم التطرق لإلغاء القوانين نوجز هذه النقاط فيما يلي:

(1) قد يحدد القانون فترة زمنية أخرى لسريانه مثال الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية حيث ذكرت المادة 130 منه أن تاريخ سريانه سيحدد بمقتضى مرسوم، وصدر هذا الأخير يوم 7 جوان 1972 تحت رقم 105/52 حيث نصت مادته الأولى على أن أحكام الأمر 20/70 المذكور تبدأ في السريان من أول نوفمبر 1972.

التمييز بين تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان:

من حيث الزمان: يتعين علينا قبل معرفة قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان أن نبادر أولا لاجراء التمييز بين تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان.

وجه الشبه بينهما: إن وجه الشبه بين تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان يكمن في أن الإشكالية التي يثور حولها التنازع واحدة وهي تحديد القانون الواجب التطبيق. فبخصوص تنازع القوانين من حيث المكان نحن أمام ظاهرة تعدد القواعد القانونية وتنوعها من حيث مضمونها، ونحن أمام احتمال تطبيق أكثر من قاعدة قانونية. وقد نظم المشرع الجزائري هذا التنازع في المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني. وفيما يخص تنازع القوانين من حيث الزمان نحن أمام تعدد في القواعد القانونية وتنوع مضمونها في المكان الواحد زمن إلى زمن.

وجه الإختلاف: رغم التشابه بين ظاهرة تنازع القوانين من حيث المكان وتنازع القوانين من حيث الزمان على النحو السابق شرحه، إلا أن الفرق بينهما يكمن في أن تنازع القوانين من حيث المكان يقع بين قوانين صادرة عن دول مختلفة. فهو كما قال البعض تنازع بين السيادات[1]. فالمادة 11 من القانون المدني الجزائري تلزم القاضي بخصوص الشروط الموضوعية لعقد الزواج أن يطبق قانون كل من الزوجين، فان كانا من جنسية مختلفة لجأ القاضي للقانونين معا. أما تنازع القوانين من حيث الزمان فهو يثور بين قوانين دولة واحدة.

إلغاء القوانين:

المقصود بإلغاء القاعدة القانونية: يقصد بالغاء القاعدة القانونية وقف العمل بها وتجريدها من قوتها الملزمة. فقد تعمد السلطة المختصة لسبب من الأسباب إلى استبدال قاعدة قانونية بقاعدة أخرى. وقد تلجأ إلى الإستغناء عنها كلية دون أن تضع بدلا عنها قاعدة ثانية.

السلطة التي تملك الإلغاء: القاعدة أن السلطة التي تملك الإلغاء هي السلطة المعقودة لها سن القاعدة القانونية أو سلطة أعلى منها. وقد رأينا عن دراستنا

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص647.

المصادر أن القواعد القانونية التي تستمد قوتها من التشريع تحتل مكان الصدارة ثم تليها مبادىء الشريعة ثم العرف.

وترتيبا على ذلك لا يمكن إلغاء قاعدة تشريعية إلا بقاعدة تشريعية تساويها في القوة أو أعلى منها درجة. فلا يمكن إلغاء قاعدة دستورية إلا بقاعدة دستورية أخرى. ولا يمكن إلغاء تشريع عاد إلا بمثله وكذلك الحال بالنسبة للتشريع الفرعي لا يلغى إلا بأداة قانونية تماثله في القوة أو أعلى منه درجة. هذا بالنسبة للمصدر الواحد وهو التشريع. وذات التدرج ينبغي تطبيقه بالنسبة لمصادر القانون الأخرى، فلا يجوز للعرف أن يلغي قاعدة من التشريع والعكس صحيح لأن التشريع أسمى درجة من العرف. وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة تماثلها، بعد أن يأخذ هذا الإلغاء مدة طويلة ليستبدل السلوك القديم بسلوك جديد مخالف له.

صور الإلغاء: نصت المادة الثانية من القانون المدني: *«لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.*

وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده القانون القديم».

من النص أعلاه يتضح أن للإلغاء صورتين هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني.

الإلغاء الصريح: يكون الإلغاء صريحا إذا صدرت قاعدة جديدة تقضي صراحة بهذا الإلغاء.

مثال ما نصت عليه المادة 223 من قانون الأسرة بقولها: *«تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون».*

وما نصت عليه المادة 41 من قانون الجنسية بقولها: *«يلغي القانون رقم 96/63 المؤرخ في 27 مارس 1963 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية».* وما نصت عليه المادة 77 من الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة بقولها: *«تلغى جميع النصوص التشريعية والتنظيمية المخالفة لهذا الأمر».*

فالإلغاء الصريح يفصح فيه المشرع صراحة عن نيته في تجريد القواعد القانونية من قوتها الملزمة وعادة ما يستبدلها بقواعد أخرى أو يتخلى عنها تماما دون استبدال.

وقد يحدث الإلغاء الصريح بصورة أخرى كأن ينص في التشريع على توقيت القاعدة القانونية بمدة معينة كأن يتعلق بظرف الحرب أو الزلزال مثلا. وقد ينص في التشريع على العمل بقاعدة معينة إلى أن يتحقق أمر معين وفي هذه الحالة يصبح التشريع ملغى إذا تحقق هذا الأمر[1].

الإلغاء الضمني: ويحدث عند تعارض قاعدة قانونية جديدة في مضمونها بقاعدة سابقة لها من ما ينتج عنه ضمنا نسخها وإلغائها. وللإلغاء الضمني صورتين، فقد تتعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة. وقد يعاد تنظيم الموضوع نفسه من جديد نوضح هاتين الحالتين فيما يأتي:

حالة تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة: عند صدور قاعدة جديدة تتعارض في مضمونها مع قاعدة قديمة بحيث يتعذر تطبيق القاعدتين معا لاختلاف مضمونهما، فان ذلك يعني ضمنا أنه تم الإستغناء عن القاعدة القديمة، والتعارض الضمني بين قاعدتين هو الآخر يتخذ إحدى الصورتين.

الصورة الأولى: التعارض الكلي بين القاعدة الجديدة والقديمة.

إذا كان التعارض كليا وتاما بين القاعدتين بحيث يستحيل التوفيق بينهما وتطبيقهما معا اعتبرت في هذه الحالة القاعدة الأولى ملغاة ضمنيا بالقاعدة الجديدة.

الصورة الثانية: التعارض الجزئي بين القاعدة القديمة والجديدة.

إذا كان التعارض جزئيا أي وقع في بعض الأحكام دون الآخر، فان الإلغاء لا يكون إلا في حدود التعارض بين القديم والجديد أي يكون جزئيا، ويشترط لتطبيق هذا الحكم أن تعالج القاعدة الجديدة ذات الموضوع الذي مسته القاعدة القديمة.

الحالة الثانية: تنظيم الموضوع من جديد :

قد تلجأ السلطة المختصة إلى إعادة تنظيم مسألة معينة دون أن تشير صراحة لإلغاء النصوص السابقة التي كانت تنظمها مما يفهم منه أن هذا التنظيم الجديد يعني ضمنا الإستغناء عن القواعد القديمة. مثلا إصدار تنظيم جديد لتسيير البلدية يخالف التنظيم القديم ولم ينص المشرع في الجديد على إلغاء القديم صراحة.

[1] الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص128.

تنازع القوانين من حيث الزمان

عرض المشكلة: لا تعرف القواعد القانونية تنازعا فقط من حيث المكان بين القوانين الصادرة عن دول مختلفة أو بين سيادات كما قلنا، بل ضمن ذات الدولة تعرف تنازعا أيضا خاصة وأن التشريع لا يثبت على حال واحد، وأن ما كان صالحا في وقت معين قد لا يكون كذلك في وقت لا حق له مما يفرض على السلطة المختصة التدخل لتحدث تغيرات في القواعد القانونية. فنضيف للقانون القديم شيئا أو أشياء وتستغني عن حكم شمله أو أحكام.

ولما كانت القوانين تنظم علاقات الأفراد وتحكم نشاطهم ثار التساؤل عند تعديل التشريع أو إلغائه لأي قانون تخضع العلاقة هل للقانون القديم ولماذا أم للقانون الجديد؟

وحتى نعرف أهمية هذا التساؤل نعرض مجموعة أمثلة:

إذا ارتكب شخص جريمة وأثناء النظر في الدعوى أمام القضاء صدر قانون يخفف من العقوبة أو يمحوها أصلا، أو يشددها فلأي قانون يخضع المتهم ولماذا؟

إذا عمد المشرع إلى رفع سن الرشد في القانون المدني من 19 سنة إلى 21، فما حكم تصرفات الأفراد في ظل القانون القديم.

وإذا حاز شخص عقارا راغبا في تملكه بطريق التقادم الذي حدد المشرع مدته بـ 15 سنة وقبل انتهاء هذه المدة صدر قانون جديد يرفع مدة التقادم أو يخفضها فلأي قانون تخضع العلاقة ولماذا؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات جميعا تفرض علينا تفصيل المبدأين اللذين يسيطران على هذه المشكلة وهما مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري والمباشر للقوانين.

أولا ـ مبدأ عدم رجعية القوانين: أشرنا سابقا أن القانون ينتج آثاره بالنسبة للمستقبل وهذا يعني أنه ليس للقانون أثار على وقائع حدثت في الماضي في ظل نص معين. فلا يتصور من حيث الأصل أن يصدر المشرع النص اليوم ليخاطب الأفراد ويحاسبهم على وقائع حدثت في الماضي. فهذا المبدأ تقرر بحسب الأصل لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ويكون إنحرافا عنه أن تسري القوانين على الماضي.

أهمية المبدأ: يمكن إرجاع أهمية المبدأ إلى سببين :

1ـ العدل: ليس من العدل في شيء أن نحاسب الأفراد عن تصرفات ووقائع حدثت في الماضي، لأنه لا يمكن لهؤلاء أن يتنبأوا بما قد يصدره المشرع من قواعد في المستقبل. ولما استحال العلم تعين سريان القانون فقط على المستقبل لا على الماضي.

ففي مجال العقوبات مثلا إذا كان فعل معين لا يشكل جريمة في زمن معين، فان جرمه المشرع وفي وقت لاحق فان النص الجديد يسري فقط على المستقبل لأن القول بخلاف ذلك يعني أن يد العقاب ستمس أفرادا أبرياء لأنهم إرتكبوا هذا الفعل وقت أن كان مباحا ولا عقوبة عليه وفي ذلك مساس بمقتضيات العدل.

وفي المجال المالي ليس من العدل في شيء أن يصدر المشرع نصا اليوم يلزم الأفراد بدفع ضريبة أو رسم معين ليسري مجاله وامتداده على الوقائع التي حدثت في الماضي.

وإجمالا نقول أن مقتضات العدالة تحتم أن يكون للقانون سريان فقط على الحاضر والمستقبل.

2ـ الحرص على استقرار المعاملات (دعم أسس النظام): يعتبر مبدأ عدم رجعية القوانين ضمانا لا غنى عنه لإرساء معالم النظام والإستقرار في المجتمع لأن سريان القانون على الماضي يؤدي إلى اضطراب المعاملات وتداخلها بحكم إخضاع العلاقة الواحدة لقاعدتين مختلفتين لذلك قال بلانيول: «*لن يكون هناك أمان بالنسبة للأفراد إذا كانت حقوقهم وثرواتهم وحالتهم الشخصية والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن في أي لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغير في إرادة المشرع*». وقال فقيه آخر Bengamin Constant «*إن الرجعية هي أكبر اعتداء يمكن أن يرتكبه التشريع فهي تمزيق للعقد الاجتماعي وإبطال للشروط التي بمقتضاها يخضع الفرد للمجتمع لأنها تسلب من الفرد الضمانات التي أعطاها له المجتمع مقابل الطاعة* ». واعتبر ديجي الرجعية مخالفة للقانون وأن رفض التشريع الرجعي أمر مشروع[1].

وتأسيسا على هذه الأقوال وغيرها كثير فان عرى النظام الاجتماعي تهتز إذا ما تم العمل برجعية القوانين كما أن الأمر يؤدي دون شك إلى سحب الأفراد ثقتهم في المشرع ويجعلهم لا يأمنون عن تصرف يقومون به في زمن معين وفي ظل قانون معين أن تطاله يد التعديل أو الإلغاء.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص655.

تطبيقات المبدأ في القانون الجزائري:

1 ـ **في المجال الجنائي:** نصت المادة 46 من دستور 96 على أن «*لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم*» ونصت المادة الثانية من قانون العقوبات على ما يلي: «*لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة*».

من هذين النصين يتبين لنا أن الأصل في المجال الجنائي هو عدم رجعية القوانين لأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه المساس بمبدأ شرعية التجريم والعقاب والمساس بمتطلبات العدالة ذاتها.

2 ـ **في المجال المالي:** جاء في المادة 64 من دستور 96 «*لا يجوز أن تحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون ولا يجوز أن يحدث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه*».

من النص أعلاه يتضح أن المؤسس الدستوري رفع مبدأ عدم رجعية القوانين في المجال المالي إلى مصف المبادىء الدستورية فحظر على السلطة التشريعية سن قانون يلزم الأفراد بضرائب أو رسوم يكون لها أثر رجعي.

الإستثناءات الواردة على المبدأ:

إن مبدأ عدم رجعية القوانين رغم أهميته يرد عليه عدة استثناءات تجعل من رجعية القانون في مواضع معينة أمرا مقبولا وهذه الإستثناءات هي:

1 ـ **القانون الجنائي الأصلح للمتهم:** لايثبت التشريع على حال بل قد يمسه التعديل والإلغاء من زمن إلى زمن بحسب نظرة المشرع وما توجبه مصلحة المجتمع، ومن هنا فان تطبيق القانون الأصلح للمتهم يكون عند إلغاء التجريم أو تخفيف العقاب فيكون من مصلحة المتهم أن يطبق عليه القانون الجديد بأثر رجعي مع أن الجريمة ارتكبت في ظل قانون قديم ويجدر التمييز بين حالتين.

الحالة الأولى: إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي كان مجرما فانه يطبق بأثر رجعي في جميع مراحل الدعوى العمومية، ويمحو أثر الحكم أي أنه يمنع تنفيذ العقوبة ويفرج على المحكوم عليه. والحكمة من إقرار المبدأ أن العقوبة مقررة لمصلحة المجتمع، فان رأت الجماعة ممثلة في السلطة التشريعية العدول عن تجريم الواقعة فلا جدوى من معاقبة الجاني ومطاردته عن فعل أصبح مباحا[1].

(1) الدكتور إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص34. ـ الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص151

مثال: إذا منع المشرع على الأفراد التعامل بعملات أجنبية وأخضع الفعل لعقوبة ثم أباح ذات الفعل في زمن لاحق فان لهذه الإباحة سريان على الماضي لأنه لم يعد من مصلحة المجتمع أن تقيد حرية فرد على فعل أصبح مباحا.

الحالة الثانية: إذا كان القانون الجديد قد خفف العقوبة وأبقى على التجريم ففي هذه الحالة ينبغي أن نميز بين فرضيتين.

الفرضية الأولى: إذا كان المتهم لازال بعد في مرحلة التحقيق أو صدر ضده حكما غير نهائي فيكون من حقه الطعن بالإستئناف أو المعارضة أو النقض بحسب الحالات ليستفيد من القانون الجديد.

الفرضية الثانية: إذا كان الحكم الذي صدر ضد المتهم نهائيا أي غير قابل للطعن فيه بالطرق القانونية المعروفة فلا يستفيد من مبدأ تطبيق القانون الأصلح للمتهم. وعلة ذلك أن الحكم النهائي يعد عنوانا للحقيقة ولا يجوز المساس به.

2 ـ **النص صراحة على سريان التشريع على الماضي:** ذكرنا سابقا أن التشريعات العقابية لا تعرف من حيث الأصل سريانا على الوقائع الماضية لأن في ذلك إضرار بمصالح الأفراد ومساس بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة.

والأمر يختلف بالنسبة للتشريعات المدنية إذ، ولا إعتبارات موضوعية تتعلق بالنظام العام وبغرض تحقيق مصلحة اجتماعية، قد ينص التشريع على سريان أحكامه على الماضي. ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 22 سبتمبر 1971 المتعلق باثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية بقولها: «*إن كل قران انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي إجراء ولا لأي عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية...*».

وبين المشرع في نص المادة 2 من ذات القانون الإجراءات الواجب اتباعها وحصرها في طلب يقدم لرئيس المحكمة التي انعقد القران في دائرتها ليتوج بحكم يكون موجبا لتسجيل العقد في سجلات الحالة المدنية. وتطبيقا لهذه

النصوص فان جميع عقود الزواج التي أبرمت وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية عن طريق الفاتحة ولم تكن موضوع تسجيل أو تقييد في سجلات الحالة المدنية يجوز لكل من له مصلحة في تسجيل هذا العقد أن يتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة التي أبرم الزواج داخل دائرة اختصاصها موضوعه إصدار حكم يأمر بموجبه ضابط الحالة المدنية بتقييد هذا العقد في سجلات الحالة[1].

ومن هنا فإن موجبات النظام تقتضي أن يسري النص أحيانا على الماضي فيكون من مصلحة الأفراد اتباع إجراءات معينة بهدف إثبات وضعية كانت قائمة قبل صدور القانون الجديد.

3 - **إذا كان القانون الجديد قانونا تفسيريا**: قد يحمل التشريع عبارات غامضة يصعب معرفة مقصد المشرع من خلالها، لذا يلجأ أحيانا إلى إصدار تشريعات تفسيرية لرفع اللبس على النصوص فيكون لها أثر على الماضي، لأنها جاءت لتكشف عن مضمون النص الأصلي. فالتشريعات التفسيرية لا تأتي بأحكام جديدة بل هي شارحة للنص القديم. وجدير بالإشارة أن هذا الإستثناء لقي معارضة من الفقه وذلك لسببين:

أولهما: أن التشريعات التفسيرية قليلة.

ثانيهما: أن التفسير عمل معقود للسلطة القضائية. وفي هذا المجال يرى الفقيه روبييه أن التشريعات التفسيرية فضلا عن ندرتها في العصر الحديث فهي لا تستمد إلى أساس سليم. فالقضاء هو صاحب الإختصاص الأصلي في تفسير القانون طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات وقد أثبت قدرته في حسم أكبر النازعات صعوبة ودقة. كما أن تعدد المجالس التشريعية قد يعيق هذا الأمر فينفي وجود إرادة واحدة لأن الجهة القائمة بتفسير النص قد لا تكون هي نفس الجهة التي أصدرت النص[2].

(1) لتفصيل أكثر راجع المستشار عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 1995، ص156 وما بعدها.

(2) الدكتور سمير تناغو، ص683.

ثانيا- مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون الجديد

من أهم مآخذ النظرية التقليدية أنها حصرت مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان في مبدأ واحد هو عدم رجعية القوانين وهذا المبدأ لا يقدم حلا بالنسبة للمراكز الجارية. ولتلافي هذا النقص يرى أصحاب النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القوانين لا يكفي لوحده لحسم مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، وإنما يحتاج إلى مبدأ آخر يكمله هو مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقوانين. وتطبيقا لهذا المبدأ الأخير فان القانون الجديد يسري بأثر فوري مباشر على المراكز الجارية سواء كانت في طور التكوين أو الإنقضاء، أو في سبيل إنتاج آثارها.

وما يبرر ظهور هذا المبدأ ما يلي:

1 - إن تطبيق هذا المبدأ يمنع ازدواج القانون الذي يحكم المراكز القانونية. فبمجرد صدور القانون الجديد يمتد سريانه وسلطانه إلى المساس بالمراكز التي تتحقق في ظله سواء كانت قد تكونت قبل نفاده أو بعنفاده وبذلك تتحقق وحدة القانون في تنظيم المسألة الواحدة[1].

2 - إن تعديل المشرع لقاعدة قانونية يعد إقرار منه بقصورها وعدم صلاحيتها ولو جزئيا، وهذا يعني أن القانون الجديد أفضل وأكمل من سابقه، ومن ثم يكون من المصلحة تعميم تطبيقه على أوسع نطاق ممكن فتمس أحكامه المراكز الجارية والمراكز التي حدثت في ظل القانون القديم.

فهناك مراكز قانونية كثيرة لا تظهر وتتكون مرة واحدة بل يمتد تكوينها إلى فترة زمنية طويلة من المحتمل أن يصدر خلالها قانون جديد، كما هو الحال بالنسبة للوصية والتقادم مثلا. وبهذا الصدد رأى بعض الفقهاء ضرورة تطبيق القانون القديم على المراكز التي بدأت تتكون في ظله، غير أن تطبيق هذا الرأي يجعلنا أمام إشكالية العمل بأحكام قانون ثم إلغاؤه، ولا يعني هذا أن القانون الجديد يهدر كل ما تم في ظل القانون القديم، بل على العكس يحافظ عليه وليس من سبيل سوى إعمال مبدأ الأثر الفوري للقوانين[2].

(1) الدكتور نبيل إبراهيم سعد، والدكتور محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص81.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص689.

ولمعرفة أهمية هذا المبدأ أكثر فأكثر نسوق بعض الأمثلة عن المراكز القانونية المتسلسلة:

1 ـ الوصية: من أبرز الأمثلة التي حوتها مختلف كتب الفقه بشأن المراكز القانونية ذات التكوين المتتابع الوصية. فهي تتكون على مرحلتين، الأولى تحرير الوصية طبقا للقانون المعمول به والثانية وفاة الموصي. فاذا تم تحرير الوصية في ظل القانون القديم وحدثت الوفاة في ظل القانون الجديد، فان تطبيق مبدأ الأثر المباشر يترتب عليه إعمال الأحكام التالية:

أ ـ تخضع صحة الوصية من ناحية الشكل للقانون القديم الذي تم تحريرها في ظله فلا يؤدي القانون الجديد الى إبطال وصية كانت صحيحة من حيث الشكل طبقا للقانون القديم، لأن الشكل يرتبط بالقانون المعمول به ساعة القيام بالتصرف.

ب ـ أما من حيث الموضوع فان الوصية تخضع للقانون المعمول به وقت الوفاة فاذا وقع تغيير في مقدارها (المقدار الذي تخضع له الوصية) وجب تطبيق ما جد من مقدار.

2 ـ التقادم[1]: يعتبر التقادم وسيلة لاكتساب الملكية وهو وسيلة أيضا لانقضاء الحقوق الشخصية وبعض الحقوق العينية ويطلق على النوع الأول التقادم المكسب والثاني التقادم المسقط.

والتقادم يتطلب مضي فترة من الزمن فهو من المراكز القانونية المتسلسلة، وطول مدة التقادم قد يتخللها صدور قانون جديد يطيل مدة التقادم مثلا أو يقصر فيها. ففي هذه الحالة يخضع التقادم كقاعدة عامة من حيث تقريره ومدته وشروطه للقانون الجديد إعمالا بمبدأ الأثر الفوري للقانون.

الإستثناءات الواردة على المبدأ والحكمة منه: إستثناءا من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد يجيز أصحاب النظرية الحديثة استمرار تطبيق القانون القديم حتى بعد نفاذ القانون الجديد على جميع الآثار التي ترتبها المراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم. أي أن القانون القديم يخترق الحاجز ويمتد أثره ليدخل في منطقة نفوذ القانون الجديد. وهو ما عبر عنه الفقه بالأثر المستمر للقانون القديم. ويقتصر مجال الإستثناء بالنظر للرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين على

(1) أنظر المادة 308 و827 و1002 مدني.

المراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم وظلت قائمة منتجة لآثارها. فإذا صدر قانون جديد يخفض من نسبة الفوائد الإتفاقية فانه لا يمس العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم، بل يظل سلطان هذا الأخير ممتدا لما بعد صدور القانون الجديد تطبيقا للاستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون.

وتبدو الحكمة في قصر مجال الإستثناء على العقود في أن المتعاقدين حينما يقدمان على إبرام العقد إنما يضعان بعين الإعتبار القانون المعمول به ساعة التعاقد ويفرض كل طرف شروطه على أساس هذا القانون ومن ثم فان تغييره في وقت لاحق قد يهز المراكز العقدية إذا تضمن النص الجديد أحكاما مخالفة للنص القديم ومس الوعاء العقدي، فتطبيق النص الجديد يؤدي إلى اختلاف التوازن الذي يحكم العلاقات العقدية مما يفرض في النهاية تطبيق القانون القديم[1].

ورأى فريق آخر أن مجال الإستثناء ينبغي أن يتحدد بما لا يمس النظام العام أي في حدود عدم المساس بالقواعد الآمرة الجديدة. وتعرض هذا الرأي إلى نقد على أساس أنه يقيم التفرقة بالنظر لمعيار غامض. ومهما يكن من أمر الخلاف الفقهي بشأن تحديد مجال الإستثناء فان أحكام القضاء في بعض الدول اتجهت إلى تعطيل الأثر المستمر للقانون القديم وتجسيد مبدأ الأثر المباشر والفوري للقانون الجديد خاصة فيما يتعلق بالقواعد الآمرة بالنظر لصلتها بالنظام العام[2].

الحلول التشريعية لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان: وضع المشرع الجزائري كبقية المشرعين حلولا لبعض حالات تنازع القوانين من حيث الزمان وردت في المواد 6، 7 و8 من القانون المدني نحلل ما جاء في هذه المواد بصورة موجزة.

1) تنازع القوانين في مسائل الأهلية: نصت المادة السادسة من القانون المدني على أن: «*تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها.*

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة عديم الأهلية بحسب نصوص جديدة فان ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة».

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص693.

(2) أنظر على سبيل المثال ما أشار إليه الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي بالنسبة لموقف القضاء المصري، المرجع السابق، ص173.

فاعمالا بمبدأ فورية القوانين فان أحكام الأهلية تسري في الحال بأثر مباشر ولا تمس التصرفات التي عقدها الراشدون في ظل القانون القديم. فتبقى صحيحة حتى ولو رفع القانون الجديد سن الرشد بالنسبة لهم فصاروا قصرا. وهذا ما قصده المشرع في الفقرة الثانية أعلاه.

هذا ويجدر التنبيه أن المادة أعلاه بها خطأ إذ جاء فيها ما يلي: «*إذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة عديم الأهلية* incapable بحسب نصوص جديدة...» والصواب ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة» لأنه مهما رفع المشرع سن الرشد في القانون الجديد فلا يمكن أن ينقلب الراشد إلى عديم أهلية[1].

2) **تنازع القوانين بخصوص أحكام التقادم:** نصت المادة 7 من القانون المدني على أن: «*تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة*».

ومنها يتضح أن القانون الجديد المعدل لمدة التقادم ينطبق بأثر فوري على كل تقادم بدأ في ظل القانون القديم ولم يكتمل إلا في ظل القانون الجديد.

وهنا ينبغي التمييز بين حالتين بخصوص تعديل أحكام التقادم.

الحالة الأولى:

زيادة المدة: لا يثير تطبيق القانون الجديد أية صعوبة في المجال العملي إذا تضمن زيادة في مدة التقادم كأن يرفعها من 15 إلى 20 سنة. ففي هذه الحالة يجب على الحائز أن يكمل المدة المتبقية وفقا لأحكام القانون الجديد أي خمس سنوات بالنسبة للمثال الذي ضربناه.

(1) أنظر نقد الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص110. وقارن مع نفس المادة (السادسة) من القانون المدني المصري وأنظر أيضا سمير تناغو المرجع السابق، ص704.

الحالة الثانية:

تخفيض المدة: وينبغي التمييز بين صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أطول من مدة التقادم التي أقرها القانون الجديد بأكملها. ففي هذه الحالة يطبق القانون الجديد ويصرف النظر عن المدة التي انقضت في ظل القانون القديم. وهذا يعني أن مدة التقادم ستبدأ في السريان طبقا للقانون الجديد.

وفي هذا الأمر مصلحة الحائز، وتشبه هذه الصورة قاعدة القانون الأصلح للمتهم التي تحدثنا عنها في المجال الجزائي كاستثناء وارد على مبدأ رجعية القوانين. وهذا الحل أيضا تقتضيه مبادىء العدالة ويفرضه المنطق القانوني. فلو فرضنا مثلا أن مدة التقادم التي فرضها القانون القديم هي 15 سنة ومدة التقادم في ظل القانون الجديد 10 سنوات فاذا أمضي الحائز ثلاث سنوات وأدركه النص الجديد، ففي هذه الحالة لو طبقنا عليه النص القديم وجب عليه أن يكمل 12 سنة كاملة وهي مدة أطول من مدة التقادم الجديدة بأكملها. لذا فمن مصلحته أن يسري في حقه القانون الجديد ويصرف النظر عن المدة التي قضاها في ظل القانون القديم.

الصورة الثانية: إذا كان الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد، ففي هذه الحالة يتعين تطبيق القانون القديم إعمالا للإستثناء الوارد على مبدأ الأثر الفوري للقانون وهو الأثر المستمر للقانون القديم. فاذا كان القانون القديم يجعل مدة التقادم 15 سنة وصدر بعده قانون يخفضها إلى 10 سنوات وأمضى المعني أي الحائز 10 سنوات فهنا المدة المتبقية وهي 5 سنوات أقل من مدة التقادم الجديدة. لذا وجب أن يمتد القانون القديم في السريان تجسيدا للإستثناء الوارد عل مبدأ الأثر الفوري وهو استمرارية تطبيق القانون القديم (الأثر المستمر للقانون القديم)[1].

(1) الدكتور خليل أحمد حسن قداده، المرجع السابق، ص168.
- الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص111. - الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص710.

ثالثا- تنازع القوانين بخصوص أحكام الإثبات:

نصت المادة 8 من القانون المدني: «*تخضع البينات المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعدت فيه البينة أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعدادها*».
وتطبيقا لهذا النص إذا أحدث القانون الجديد وسيلة إثبات أو ألغى وسيلة قديمة أو عدلها تشديدا أو تخفيفا، فانه في جميع الأحوال لا يسري على الماضي لأن العبرة بالقانون الذي نشأ في ظله التصرف.

رابعا- تنازع القوانين بشأن قواعد المرافعات:

نصت المادة 7 من القانون المدني: تطبق النصوص المتعلقة بالإجراءات حالا. وتسري على الدعاوى التي لم يفصل فيها بعد. وأورد المشرع في الفقرة الأخيرة من ذات المادة استثناء فنص على سريان النصوص القديمة المتعلقة بآجال المرافعات فيما يخص المدة السابقة.

الفصل الخامس

تفسير القانون

تفسير القانون

بعد أن عرفنا نطاق تطبيق القانون من حيث المكان وبينّا المقصود من مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية، وبعد أن حددنا نطاق سريان القانون من حيث الزمان وأهمية مبدأ عدم رجعية القوانين ومبدأ الأثر الفوري للقانون يتعين علينا معرفة أنواع التفسير ومذاهبه المختلفة وطرقه. وقبل ذلك نفضل تبيان أهميته ومجاله وهو ما سنفصله في المباحث التالية:

المبحث الأول : أهمية التفسير ومجاله

المبحث الثاني: أنواع التفسير

المبحث الثالث: المذاهب المختلفة في التفسير وموقف المشرع منها

المبحث الرابع: طرق التفسير وقواعده.

المبحث الأول:
أهمية التفسير ومجاله

أهمية التفسير:

سبق البيان عند الحديث عن خصائص القاعدة القانونية أنها عامة ومجردة، ومن ثم فان تطبيقها على الحالات الخاصة أمر تعترضه صعوبات كثيرة، إذ ينبغي قبل تطبيق النص الوقوف على المعنى الحقيقي له، أي الكشف عن مضمونه ومقصد المشرع من خلاله.

[illegible] التفسير خاصة من النواحي التالية:

1 - إن التفسير عمل يسبق التطبيق وعليه يتعذر تطبيق القاعدة القانونية قبل تفسيرها خاصة إذا كانت ذات مدلول غامض من الصعب الإهتداء إليه.

2 - تتحكم عملية التفسير في مدى تطبيق القاعدة القانونية ومجال امتدادها. فاذا فسرت بمفهوم واسع مثلا فانها ستحوي بين ثناياها وقائع كثيرة وخلاف ذلك إذا تم تفسيرها تفسيرا ضيقا محدودا فانها ستقتصر على وقائع دون أخرى. وهذا طبعا يكون حسب الألفاظ التي يستعملها المشرع.

3 - إن التفسير وإن كان بحسب وجهة نظر كثير من رجال الفقه يقتصر على التشريع انطلاقا من فكرة أن القواعد التشريعية عادة ما تأتي بأسلوب مختصر قد يؤثر على فهم المعنى المقصود، إلا أنه أيضا يمتد لتفسير قواعد العرف بل وأحكام القضاء، كما سنرى.

مجال التفسير: إنطلاقا من المفهوم الواسع والضيق للقانون والذي سبق شرحه، فان مفهوم التفسير بدوره ينقسم إلى قسمين، مفهوم عام واسع، ومفهوم خاص ضيق، وهذا المفهوم هو الذي يتحكم في مجالات التفسير ونطاقه.

المفهوم الواسع للتفسير: يقصد بالتفسير إطلاقا لا تحديدا: *«الإستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية»*[1]. **فينصرف مفهوم التفسير هنا لكل** قاعدة قانونية أيا كان مصدرها سواء التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف وتبعا لذلك يتسع مجاله فيشمل جميع القواعد القانونية.

المفهوم الضيق أو المحدود: يقصد بالتفسير بالمفهوم الضيق أو المحدود تفسير التشريع، وهو استخلاص الحكم القانوني من النصوص التشريعية المعمول بها[2]، وعليه يقتصر التفسير وفق هذا المفهوم على تفسير التشريع دون غيره اعتبارا لمكانته بين المصادر الأخرى للقاعدة القانونية، ولغموضه في كثير من الأحيان.

وطبقا لهذا المفهوم فان مجال التفسير يقتصر فقط على قواعد التشريع وهو المعنى الذي سنخصه بالدراسة.

(1) الدكتور توفيق حسن فرج، ص153.

(2) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق ص81.

المبحث الثاني:

أنــواع التفسير

ينقسم التفسير من حيث الجهة التي تتولاه إلى تفسير تشريعي وتفسير قضائي وتفسير فقهي.

أولا- التفسير التشريعي:

التفسير التشريعي هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه أي الجهة التي سنت القاعدة القانونية أو جهة أخرى مفوضة من قبلها للقيام بهذا الأمر. وعادة يصدر التفسير التشريعي لحسم الخلاف الذي قد يثور بين المحاكم بخصوص تطبيق نص معين. فازالة لهذا الغموض يتدخل المشرع ليكشف عن مضمون القاعدة.

ويستند التفسير التشريعي إلى فكرة الفصل بين السلطات فالقضاة عليهم فقط واجب تطبيق التشريع. فاذا وجدوا غموضا في بعض القواعد يتعين عليهم اللجوء للجهة التي أصدرت النص أو القانون لتتولى تفسيره، لأنه لو ترك لهم (أي القضاة) مهمة التفسير فانه من المحتمل أن ينحرفوا عن إرادة المشرع وعن مضمون القاعدة وهدفها.

من أجل ذلك كانت الفكرة السائدة في كثير من المجتمعات القديمة أن التفسير عمل معقود للمشرع وليس للقاضي. ومما يذكره المؤرخون في هذا المجال أن الإمبراطور جستنيان عندما وضع تقنياته أعلن أن تشريعاته كاملة ويجب على القضاء تطبيقها بطريقة شبه آلية، فان وجدوا غموضا لجأوا إليه بهدف إصدار فتوى بخصوص مسألة معينة[1].

والتفسير التشريعي إن كان من جهة يعبر عن مضمون القاعدة ويكشف عن أبعادها وخفاياها، لأنه صادر عن نفس الجهة التي أصدرت النص، إلا أن الظاهرة التي تشهدها المجتمعات اليوم، أن المشرع قلما يتدخل لتفسير تشريع معين فهو يتنزه على أن يخطو هذه الخطوة تاركا المجال للقضاء والفقه كي يدلي كل بدلوه من أجل رفع الغموض واللبس الذي يحوم حول بعض القواعد التشريعية.

---

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص739.

وإذا صدر تشريع تفسيري بخصوص مسألة معينة، ألزم القاضي بالتقيد به، وليس له أن يخرج عن حدود هذا التفسير أو أن يجتهد بعد رفع الغموض على النصوص التشريعية، بل إن هذا التفسير التشريعي كما رأينا من قبل يسري بأثر رجعي أي يرتبط بالنص الأصلي ساعة نفاده.

ثانيا- التفسير القضائي:

وهو التفسير الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لأن يطلب منهم الخصوم ذلك، لأن التفسير من صميم عمل القضاة.

وإذا كنا قد أشرنا سابقا أن التشريعات التفسيرية لا تحدث إلا نادرا، فانه خلاف ذلك تماما نجد التفسير القضائي يحدث دائما لأن القاضي لا يمكنه أن يطبق القانون قبل تفسيره. فالتفسير عمل سابق للتطبيق كما رأينا. وإذا كان عمل المشرع يتمثل في سن القواعد التشريعية، وأن هذه القواعد تتسم بطابع العمومية والتجريد، فان دور القاضي يتمثل في إنزال الوقائع المعروضة عليه واسقاطها على قواعد القانون وهي عملية يتخللها جهدا شاقا. فليس من السهل ربط الوقائع بحكم القانون لأن القاضي تعترضه عوائق كثيرة أخرى كاختلاف حكم القاعدة القانونية الواحدة بين النص العربي والنص الفرنسي، هذا فضلا عن الأخطاء المادية التي لازمت كثير من القواعد القانونية.

ومهما كانت درجة الصعوبة وطبيعتها يلزم القاضي بأن يتخطى هذا الحاجز، ويتوج الدعوى المرفوعة أمامه بحكم. ولا يجوز له، تحت أي حجة كانت، أن يمتنع عن الحكم كما رأينا.

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع نفسه لأن السلطة المختصة بالتشريع حين تسن القاعدة القانونية تضعها دون النظر للحالات الخاصة، والوقائع العملية وهذا أمر في غاية طبيعته. فالتشريع ينبغي أن يراعى فيه العمومية والتجريد، بينما القاضي وهو يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع خاصة، وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيها بما تقره قواعد القانون.

ويتعاظم دور القاضي إذا علمنا أن مجال التفسير (بالمفهوم الواسع) لا يقتصر على التشريع وحده، بل يتعدى إلى العرف وإلى تفسير أحكام وقرارات السلطة القضائية[1]، بل أكثر من ذلك يلزم القاضي بايجاد القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه وإن لم يجد نصا في التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف. وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني.

ولتسهيل عملية التفسير على القضاة عمدت دول كثيرة إلى تجميع قرارات محاكم النقض والمحاكم الإدارية العليا والمحاكم الدستورية في نشريات رسمية تصدر دوريا ليسترشد بها القضاة كما هو الحال عندنا المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وكذلك نشرة القضاة الصادرة عن وزارة العدل.

ويختلف دور القضاء بحسب طبيعة النظام القضائي المتبع. ففي ظل الأنظمة الأنجلوسكسونية تعتبر السابقة القضائية المصدر الأساسي للقانون. فالقاضي في هذه البلاد يحكم في النزاع المعروض عليه في ضوء عرف المجتمع وما يرآه متفقا مع مقتضيات العدالة. وقد يكشف هذا الحكم عن وجود قاعدة تحكم سلوك الأشخاص ويتواتر الأخذ به خاصة إذا صدر عن المحكمة العليا وعندئذ يعتبر سابقة قضائية يجب العمل بها في القضايا المماثلة. ولا يعد القضاء في النظم اللاتينية سوى مصدرا تفسيريا للقانون ولا تعتبر الأحكام في ظل هذا النظام سوابق قضائية بالمعنى الذي تحدثنا عنه بالنسبة للبلاد الأنجلوسكسونية[2]. ويجدر التنبيه أن المحاكم في البلاد اللاتينية كثير ما تعمد إلى تطبيق المبادىء التي أخذت بها المحكمة العليا لأن نقض الحكم سيؤدي إلى عرض القضية على هذه المحكمة فتطبيق المبادىء التي سنتها ورسمتها.

مدى إلزامية اجتهادات المحكمة العليا بالنسبة للمحاكم والمجالس القضائية في الجزائر: رجوعا للمادة 152 من دستور 96 نجدها قد نصت على أن: «*تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الإجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون*».

(1) الدكتور سمير تناغو. المرجع السابق، ص743.
(2) الدكتور [illegible] العطار. المرجع السابق، ص284.

فهذا النص الدستوري إعترف صراحة للمحكمة العليا ومجلس الدولة بالدور الريادي في توحيد الإجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون. ومنه يفهم كما قلنا أن المؤسس الدستوري تبني نظام ازدواجية القضاء على الأقل في قمة الهرم القضائي، ففصل بين القضاء العادي (المدني، الأحوال الشخصية، التجاري، الاجتماعي، البحري، الجنائي)، والقضاء الإداري.

وعهد المؤسس للمحكمة العليا أمر النظر في الأحكام والقرارات القضائية التي تمس أحد المجالات المذكورة. فإن رأت في الحكم أو القرار مخالفة للقانون تدخلت ونقضته أي أعدمته من الناحية القانونية، وتحيل الملف إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو جهة أخرى. وهذا ما قضت به المادة 266 من قانون الإجراءات المدنية بقولها: «*إذا قبلت المحكمة العليا الطعن تنقض الحكم المطعون فيه أو جزء منه وتحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو إلى جهة قضائية أخرى من نوع ودرجة الجهة التي أصدرت الحكم المنقوض*».

وعلى الصعيد الإداري عهد المؤسس الدستوري حديثا لمجلس الدولة هذه الهيئة القضائية الجديدة مهمة السهر على احترام القانون والاجتهاد في المسائل الإدارية، وهو ما يفهم منه صراحة أن الغرفة الإدارية حاليا بالمحكمة العليا هي التي ستنفصل عنها لتشكل هيئة مستقلة أطلق عليها الدستور «مجلس الدولة» وحسن فعلا المؤسس الدستوري حين فصل بين النوعين من القضاء لما للفصل من فوائد جمة.

غير أن الإشكال يطرح إذا قامت المحكمة العليا ممثلة في إحدى غرفها[1] بتفسير نص معين أو اجتهدت بصدد قاعدة معينة فهل يلزم قضاة المحاكم والمجالس القضائية بهذا التفسير وهذا الاجتهاد؟

إستنادا للألفاظ التي استعملها المؤسس الدستوري في المادة 152 المذكور يتبين لنا أن المحكمة العليا بامكانها نقض الحكم أو القرار الذي يخالف في مضمونه اجتهاداتها بشأن ذات المسألة. لأن القول بخلاف ذلك يعني تعدد الحلول القضائية بصدد الموضوع الواحد فتبادر المحاكم والمجالس القضائية إلى مخالفة المحكمة العليا وهي الهيئة التي اعترف لها الدستور بالاجتهاد في شتى المسائل القانونية إلى جانب مجلس الدولة.

(1) وحددتها المادة 17 من القانون رقم 22/89 المذكور كما يلي: الغرفة المدنية، غرفة الأحوال الشخصية، الغرفة التجارية والبحري، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الإدارية، الغرفة الجنائية، غرف الجنح والمخالفات وغرف العرائض.

ورجوعا للقانون رقم 22/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها ولنص المادة 6 منه نجدها قد اعترفت بأن المحكمة العليا هي جهاز مقوم لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وذلك وفقا للأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة في الإجراءات. ودرءا لأي اختلاف بين المجالس القضائية والمحاكم من جهة والمحكمة العليا من جهة أخرى بصدد اجتهاد معين وتعدد الحلول القضائية أوجب المشرع في القانون المذكور نشر قرارات المحكمة العليا لتدعيم وتوحيد الاجتهاد القضائي. وهو ما أكدته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 141/90 المؤرخ في 19 ماي 1990 المتضمن تنظيم مجلة المحكمة العليا وسيرها بقولها: «*إن موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الإجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم*».

وتعدى مجال التوحيد المحاكم والمجالس القضائية ليمس للحكمة العليا ذاتها حيث جاء في المادة 20 من القانون المذكور بأن: «*تنعقد الغرفا المختلفة للبت في القضايا التي تطرح إشكالات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي*». وهكذا وسع المشرع من نطاق الإستشارة ليشمل غرفتين أو ثلاث[1] بغرض تفادي ظاهرة التناقض في قرارات المحكمة العليا. ويجوز للمحكمة العليا[2] أن تغير اجتهادها إذا قدرت ذلك. وهذا ما رخص به المشرع نفسه في المادة 7 من القانون المحدد لصلاحيات المحكمة العليا حيث جاء فيها: «*عندما يتوقع من تشكيلة المحكمة العليا إصدار قرار يغير الإجتهاد القضائي في قضية مرفوعة أمامها تطبق أحكام المواد 22 إلى 24 من هذا القانون*» . أي يعتمد أسلوب الغرف الموسعة. إن تغيير الإجتهاد القضائي في ذات المسألة أمر يستسيغه بل ويتطلبه المنطق القانوني. فالمشرع بصدد القواعد المكتوبة كما رأينا يغير القاعدة بأخرى فيضيف أحكاما ويلغي أخرى. بل وحتى القواعد العرفي رغم خاصية البطئ إلا أنها قد تتغير من زمن إلى زمن. ومن هنا ليس غريبا أن يعترف المشرع للمحكمة العليا بصلاحية تغيير الاجتهاد القضائي، بل إن المحكمة العليا أحيانا تستعمل من العبارات ما يدل على عدم ثبات حركة الإجتهاد القضائي الذي تتزعمه كقولها: «*ولما جرى به العمل القضائي لحد الآن*»[3] .

---

(1) نصت المادة 22 من القانون أعلاه: «لا يجوز للغرفة المختلطة المشكلة من غرفتين أن تبت بصفة قانونية إلا بحضور 9 أعضاء على الأقل كما لا يجوز للغرفة المختلطة المشكلة من ثلاث غرف أن تبت بصفة قانونية إلا بحضور 15 عضوا على الأقل».

(2) أعددنا هذا المؤلف قبل صدور القانون العضوي المتضمن صلاحيات المحكمة العليا.

(3) أنظر قرار الغرفة الإدارية الصادر في 1984.06.25، المجلة القضائية، العدد الثالث 1989، ص41

وبناء على ما تقدم من النصوص فإن الأحكام والقرارات القضائية المخالفة لاجتهادات القاضي تكون موجبة للنقض إن خالفت اجتهادات المحكمة العليا. لذا نرى أن هذه الأخيرة كثيرا ما تستعمل عبارة «ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة» أو عبارة «ولما جرى به العمل القضائي»

أو عبارة «من المبادىء المستقر عليها قضاءا»[1].

ثالثا- التفسير الفقهي:

وهو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم. وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم القانون انطلاقا من قواعده المجردة دون معالجة الظروف الخاص والحالات الواقعية. فالفقيه يتناول بالشرح والتحليل وجهات نظر مختلف المدارس الفقهية بخصوص الإشكالات القانونية المطروحة في شتى فروع العلوم القانونية، وبربط هذه التحاليل بخطوات المشرع وباجتهادات القضاء، وكثيرا ما يقارن بين مختلف الأنظمة القانونية وأحكام القضاء المقارن كل ذلك بهدف الوصول إلى تشخيص مواطن الضعف والقوة وبغرض لفت نظر المشرع لما يعيد للنصوص قوتها وتناسقها وانسجامها.

فقديما لعب الفقه في القانون الروماني دورا رائدا إذ اعتبر مصدرا من مصادر القانون وذلك بسبب أن القضاة والمحلفين لم يكونوا مختصين في القانون فكانوا في حاجة ماسة إلى الإستعانة برجال الفقه، ولما كثر الفقهاء وتناقضت آراؤهم صدر قانون في عهد TIBERE يقصر حق الفتوى على بعضهم دون البعض الآخر وأصبح الفقهاء يصدرون فتاويهم باسم الشعب وكانت لهذه الفتاوى نفس درجة التشريع[2].

وفي النظام الإسلامي احتل الفقه مكانة مرموقة وحسبنا أن نشير بأن الإجماع عدّ بمثابة مصدر إحتياطي يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص في الكتاب أو السّنة، وشهد الفقه الإسلامي غزارة وتنوعا في الأحكام مسّت مختلف أنواع المعاملات والروابط وكان خير عون للقضاة في الكشف عن أسرار النصوص وتبيان مقصد المشرع منها.

---

(1) أنظر قرار الغرفة الإدارية الصادر في 1984.02.28 المجلة القضائية العدد الرابع 1991، ص205

- قرار الغرفة الإدارية بتاريخ 1988.02.10 المجلة القضائية (نفس العدد)، ص227.

- قرار الغرفة الإدارية 1990.04.07، المجلة القضائية (نفس العدد)، ص235.

(2) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص746.

وفي العصر الحديث ساهم الفقه ويساهم في رفع الغموض الذي يكتنف نصوص القانون ونكاد لا نجد فرعا من فروع القانون يخلو من بصمات رجال الفقه. فكم من مشرع سارع إلى الغاء القانون أو تعديله بعد أن تدخل أهل الفقه وبينوا سلبياته واقترحوا بديلا عنه. وكم من قاض زال أمامه اللبس بخصوص حكم من أحكام القانون بعد أن استعان بالفقيه. ولقد إزداد دور الفقه أهمية حين صوب الإتجاه إلى القضاء فتناول أحكامه وقراراته بالشرح والتحليل والتعليق والإنتقاد وانتقل من مجال التفسير النظري للقانون إلى التفسير العملي. ورغم الدور الذي يمارسه رجال الفقه إلا أن شروحاتهم وآراءهم غير ملزمة بالنسبة للقضاء، لأن الفقيه مهما بلغ درجة من العلم فلا يمكن أن يحل محل السلطة الرسمية.

المبحث الثالث:

المذاهب المختلفة في التفسير وموقف المشرع منها

لقد كان للفقه كعادته إسهامات كثيرة في تذليل الصعاب للقضاء بغرض الكشف عن أسرار النصوص وخفاياها. وتجسد عطاؤه في مدارس ثلاث كانت لكل واحدة نظرتها الخاصة بشأن تفسير النصوص، نوجز مضمون كل نظرية فيما يأتي:

أولا- نظرية الإلتزام بالنص (مدرسة الشرح على المتون):

يرى أصحاب هذه النظرية أن دور المفسر يجب أن لا يتجاوز النص إذ يلزم فقط بالكشف عن نية المشرع ومقصده ساعة وضع النص، وهو ما يستطيع الوصول إليه من خلال الألفاظ الواردة في القاعدة القانونية.

ولقد انطلقت هذه النظرية من فكرة أن المشرع يحسن جيدا استعمال الألفاظ ويوظفها في مكانها الطبيعي. فاذا اعترض سبيل المفسر فقيها كان أم قاضيا أي تعارض بين نصين فينبغي البحث باستفاضة وعمق في التشريع لمعرفة حدود وموضوع كل قاعدة لوحدها. لأنه من المحتمل أن يكون أحد النصين قاعدة والآخر استثناء منها. فلا يجب أن ينسب التناقض للمشرع. وإذا كان النص غامضا وجب البحث في روح التشريع بالاعتماد على وسائل أخرى ولو كانت خارجية كالأعمال التحضيرية والتمعن أيضا في مختلف الظروف المحيطة بميلاد النص بهدف رفع هذا الغموض.

وإذا تعذر على المفسر الكشف عن الإرادة الظاهرة من خلال الألفاظ الواردة في النص تعين عليه البحث في الإرادة المفترضة للمشرع وذلك باللجوء إلى إعتبارات العدالة والمصلحة التي تكون قد وجهت هذه الإرادة إلى إصدار هذا التشريع كما يلجأ أيضا إلى استخدام قواعد المنطق الشكلي لاستخلاص الأحكام من النصوص باعتماد طريق القياس مثلا[1]

(1) الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق، ص752.
- الدكتور حسن فرج، المرجع السابق، ص157.
- الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص84.
- الدكتور نبيل إبراهيم سعد، والدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص101.

نقد النظرية:

(1) إن أبرز نقد وجه لهذه النظرية أنها اعتبرت التشريع مصدرا وحيدا فريدا من مصادر القانون والزمت القاضي بأن يبحث عن الإرادة الظاهرة أولا، ثم المفترضة ثانيا، وأنكرت دور بقية المصادر. وإذا كنا لا ننكر على التشريع دوره في تنظيم العلاقات والروابط، إلا أن ذلك لا يعني أن نضرب عرض الحائط ببقية المصادر فلها هي الأخرى مساهمتها في سد ما غفل عنه التشريع.

(2) إن فكرة الإرادة المفترضة للمشرع والتي نادى بها أصحاب هذه النظرية فكرة قد ينجم عن استخدامها عمليا أن ينسب للمشرع ما لم يقله، وبذلك تحمل النصوص من الأحكام ما لم تحمل.

ورغم هذه الإنتقادات يظل دور هذه المدرسة بارزا في الكشف خاصة عن طرق التفسير في حالات النص الغامض.

ثانيا ـ النظرية التاريخية أو الاجتماعية:

يرى القائلون بهذا الإتجاه أن تفسير التشريع يجب أن يكون حسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية ساعة تفسير النص وليس ساعة صدوره. فلا عبرة بإرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة وإنما العبرة بالإرادة المحتملة، إذ لو أحيط المشرع بذات الظروف التي تحيط بالقاضي أو الفقيه لاتبع ذات المسلك ولتبنى نفس الإتجاه، وكأن بأصحاب هذه النظرية يريدون القول بأن على المفسر أن يكيف النص ويطوعه بحسب درجة التطور الذي يشهده المجتمع.

نقد النظرية: رغم المرونة التي تطبع هذه النظرية ورغم تقديرها للظروف الاجتماعية وضرورة مواكبة التشريع لها، إلا أنها فتحت مجالا واسعا للقاضي أو الفقيه للخروج عن إرادة المشرع الحقيقية تحت حجة تفسير النص وفقا للمعطيات الاجتماعية الجديدة وكان مصيرها مثل مصير الإرادة المفترضة التي نادى بها أصحاب مدرسة الشرح على المتون.

ثالثا ـ مدرسة البحث العلمي الحر:

إنطلقت هذه المدرسة من فكرة أن التشريع قد يكون مشوبا بالنقص، وأن هذا النقص ينبغي أن يجبر بالرجوع إلى مصادر أخرى، لذا يتعين على المفسّر أن يتقيد

بإرادة المشرع دون أن يلجأ إلى تحريفها أو تبديلها لأن التفسير عملية يراد من خلالها البحث عن إرادة المشرع الحقيقية التي يهتدي إليها المفسر من خلال الألفاظ الواردة في النص أو من خلال مضمونه وفحواه، فلا يملك المفسر أن ينسب للمشرع ما لم يقله ويفترض في النص مسائل لم ينظمها كما ذهب لذلك أصحاب مدرسة الشرح على المتون. كما لا يملك المفسر أن يصلح من إرادة المشرع وأن يخضعها للتطور الاجتماعي كما ذهب أصحاب المدرسة التاريخية، بل يفسر النص ويتقيد به لفظا وروحا.

وإذا لم يهتد القاضي إلى إسقاط الوقائع المعروضة عليه على النص التشريعي بسبب عدم ملاءمة الوقائع لموضوع القاعدة القانونية، تعين حينئذ الاستعانة بالمصادر الأخرى التي تلي التشريع، وفي حالة عدم وجود نص مكتوب أو قاعدة عرفية وجب الاعتراف للقاضي بالاجتهاد لينتقل من مرحلة التفسير إلى مرحلة الإنشاء، وهي أجل وأعظم.

موقف المشرع الجزائري من النظريات السابقة: نصت المادة الأولى من القانون المدني على أن: *«يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.*

وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

ومنها يتضح أن المشرع تأثر بمدرسة الشرح على المتون لأنها (أي المادة) ألزمت القاضي بتفسير النص تفسيرا لفظيا، وإذا لم يستطع الإهتداء لمفهوم النص بالنظر لألفاظه تعين عليه البحث عن روح النص أو فحواه.

إلا أن المشرع وإن بدا في المادة المذكورة متأثرا بمدرسة الشرح على المتون، خاصة في الفقرة الأولى، إلا أن ذلك اقتصر فقط على الإرادة الظاهرة للمشرع والتي يستلهمها القاضي سواء من ألفاظ النص أو معناه وهو ما عبر عنه المشرع بفحوى النص فليس للقاضي أن يبحث في الإرادة المفترضة كما ذهبت إلى ذلك مدرسة الشرح على المتون، بل يتقيد بالنص لفظا وروحا. ويبدو تأثر المشرع أيضا بمدرسة البحث العلمي الحر وهذا ما يتضح من الفقرة الثانية والثالثة من المادة المذكورة حيث سلم المشرع بظاهرة قصور التشريع على معالجة كل الوقائع ووضع مصادر أخرى احتياطية يلجأ إليها القاضي في حالة عدم وجود نص في التشريع معترفا له في الفقرة الأخيرة بالاجتهاد وفق ما تقتضيه مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الرابع: طرق التفسير وقواعده

طبقا للمادة الأولى من القانون المدني يلزم القاضي أولا بالرجوع إلى التشريع ثم مبادىء الشريعة الإسلامية ثم العرف فمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غير أنه ورجوعا للتشريع قد يجد القاضي نفسه امام نص واضح سليم، وقد يكون أمام نص غامض يحمل دلالات مختلفة ومعان كثيرة. وقد يصطدم القاضي بنصوص متعارضة بين تشريع وآخر أو بين المنظومة التشريعية الواحدة. فما هي الطرق التي يلجأ إليها لحسم الخلاف المعروض عليه خاصة وأنه ملزم بالفصل في النزاع الذي بين يديه ولا يجوز له النكول عن العدالة تحت أي حجة كانت؟

لمعرفة طرق التفسير وقواعده ينبغي التمييز بين حالتين حالة النص السليم وحالة النص المعيب.

أولا- حالة النص السليم:

إذا كان النص سليما اقتصر دور المفسر على استخلاص المعنى من الألفاظ الواردة في النص أو من فحواه، ولا يجوز للقاضي أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم صلاحيته، وحتى وإن كنا بصدد نص سليم، فان طريقة تفسيره تختلف بحسب درجة وضوح هذا النص، أي بحسب الجهد الذي سيبذله القاضي خاصة في استنباط مقصد المشرع، ذلك أن المعنى الذي يرمي إليه النص قد يكون واضحا غير قابل لتفسيرات متعددة، وقد يكون خفيا يحتاج من المفسر جهدا كبيرا ليصل إلى الكشف عن معناه، بل وحتى إن كان النص غامضا فانه يختلف من حيث درجة هذا الغموض. نوضح ذلك كله فيما يأتي.

1- إستخلاص النص من خلال ألفاظه: قد يهتدي القاضي إلى معنى النص من خلال الألفاظ التي يحملها وهو ما أشار إليه المشرع في المادة الأولى بقوله: «*يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها...*».

والمقصود بألفاظ النص صيغته المكونة من مفرداته وجمله، أي المعنى الذي يتبادر لفهمه إلى الذهن من خلال ما تضمنه من ألفاظ. وهذا ما يطلق عليه بالمعنى الحرفي

للنص أو منطوق النص ولا يشترط التقيد بألفاظ النص لفظا، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عباراته.

أمثلة من القانون الجزائري: نصت المادة 22 من قانون الأسرة على أن: «*يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية*».

وجاء في المادة 28 مدني: «*يجب أن يكون لكل شخص لقب وإسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده*».

وجاء في المادة 12 من القانون التجاري: «***يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و 10 لمدة عشر سنوات كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة***».

فمن مجموع هذه النصوص نستنتج أن إرادة المشرع واضحة من خلال الألفاظ المستعملة، غير أنه وفي حالات قد يستعمل المشرع عبارات لها معان مختلفة عند الناس، كأن يستعمل عبارة العين فهي تدل على عين الإنسان وتدل أيضا على الينبوع أو المصدر، وتستعمل في القانون المدني للدلالة على المال سواء أكان منقولا أو عقارا[1] وإن كان للفظ معنيين وجب الأخذ بالمعنى الإصطلاحي.

2- إستخلاص معنى النص عن طريق الإشارة: قد لا يفهم المعنى الذي قصده المشرع صراحة من النص وذلك بسبب عدم التصريح به، ولكن قراءته باستفاضة وتمعن والاجتهاد في تفسيره يؤدي إلى استنباط روحه من خلال ما استعمله المشرع من ألفاظ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 398 مدني بقولها: «*إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري*» ففي النص إشارة أن الإقرار يصحح بيع ملك الغير.

3- إستخلاص المعنى عن طريق دلالة النص: وفي هذه الحالة لا يظهر المعنى لا من منطوق النص ولا من عباراته ولا عن طريق الإشارة، وإنما عن طريق الإستنتاج وسمي بالاستدلال بدلالة المفهوم قياسا على دلالة المنطوق التي أشرنا

(1) الدكتورة محمدي فريدة، المرجع السابق، 137.

ها[1] (وتحتاج هذه الحالة جهدا ينبغي القيام به من قبل القاضي حتى يهتدي
ستدلال ويستنبط روح النص بعد الربط بين مختلف الأحكام. عملية القياس.

ويجدر التنبيه هنا أنه في حالات معينة يمنع التفسير الواسع كما هو الحال بالنسبة
جال الجزائي، لأن الأصل في الأفعال الإباحة والتجريم يعد استثناءا. وعليه وجب
مال الإستثناء في حدود عدم المساس بالقاعدة العامة وهي الإباحة لذا تعين
سير النصوص الجزائية تفسيرا ضيقا.

وحتى يهتدي القاضي للكشف عن معنى النص ويستنبط روحه ويستنتج الحكم
ي يقطع به المنازعة التي بين يديه يتعين عليه أن يربط بين النصوص خاصة تلك
ي تعالج وضعا مماثلا ويقابل العلل ببعضها ويتمعن في الأحكام ولا يكون ذلك إلا
تماد أسلوب القياس وهو على نوعين قياس بمفهوم الموافقة وقياس بمفهوم المخالفة.

- القياس بمفهوم الموافقة: وفي هذه الحالة يصطدم القاضي بنص معين
طبق على حالة معينة لكن روحه تفيد وتدل على انطباقه على حالات لم يرد ذكرها
ي ذلك النص لاشتركهما في العلة. أي أننا أمام وضع مماثل وعلاقات متشابهة
ير أن المشرع عالج وضعا ونظم علاقة وسكت عن أخرى. فهذا السكوت يدفعنا
ياس فنقابل العلل ببعضها حتى نستنبط روح النص. والقياس بمفهوم الموافقة هو
خر على نوعين القياس العادي والقياس من باب أولى.

القياس العادي: وتتجلى صورته حين نكون أمام حالة صدر بشأنها نص
خرى مماثلة لها سكت عنها المشرع فطالما اتحدا في العلة وجب بالمقابل أن يتحدا
الحكم. ومثال هذه الحالة ما قضت به المادة 993 مدني وهي تصنف أصحاب
وق الإمتياز حيث ذكرت النفقة المستحقة للأقارب عن أشهر الأخيرة ولم تذكر نفقة
وجة ويستخلص من النص بمفهوم الموافقة اعتبار نفقة الزوجة من الحقوق الممتازة.

القياس من باب أولى: وفي هذا النوع من القياس نجد أن العلة في الحالة
تي لم ينص عليها المشرع أوضح وأظهر منها في الحالة التي نص عليها، ومثال
ك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 198 مدني بقولها: *«إذا أبرم عقد
صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا*

) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص87.

بالعقد الصوري، فطالما حق للدائنين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري فمن
باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد الفعلي خاصة وأن وضع المدين أسلم وأقوى، فلا
يعقل أن نعترف للدائنين بحقهم في التمسك بعقد صوري، ونجحد عليهم التمسك
بالعقد الرسمي، لذا وجب الربط بغرض الإهتداء لروح النص.

ب- القياس بمفهوم المخالفة: ويقصد بهذا النوع من القياس إعطاء حالة
ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به في حالة أخرى، ومثال ذلك ما
نصت عليه المادة 369 مدني بقولها: *«إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد
للبائع فيه سقط البيع واسترداد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد آعذار المشتري
بتسليم المبيع»*.

فالمفهوم المخالف للنص هو هلاك المبيع بعد تسليمه وحكمه عكس حكم منطوق
النص المذكور أي عدم فسخ العقد وعدم رد الثمن.

حالة النص المعيب: عيوب النص هي أن يقع فيه خطأ أو غموض أو نقص أو
تعارض أو تزيد نسوق نماذج من النصوص المعيبة ثم نبين الطرق التي يلجأ إليها
القاضي لتفسيرها.

1- الخطأ: وقد يكون ماديا مرده خطأ مادي غير مفهوم النص وقد يكون
قانونيا أو ما أطلق عليه البعض بالخطأ المعنوي[1].

ومن أمثلة الخطأ المادي ما نصت عليه المادة 439 مدني بقولها: *«تنتهي الشركة
بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإعساره أو بإفلاسه»* فالنص العربي ورد فيه
خطأ عبارة الحجز عليه عوض الحجر عليه. ولكل لفظ مدلوله ومفهومه، ورجوعا
للنص الفرنسي نجده استعمل عبارة interdiction. أي بمعنى الحجر وهو أصوب.

وما نصت عليه المادة 814 مدني النص العربي بقولها: *«يجب أن يكون عقد
الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا»*. فالنص العربي أطلق لفظ الكتابة دون تحديد أو
تخصيص وهذا الإطلاق قد ينجر عنه إدخال كل من العقد الرسمي والعقد العرفي.
في حين اقتصر النص الفرنسي على العقد الرسمي par un acte authentique .

وما نصت عليه المادة 310 مدني بقولها: *«تتقادم بسنتين حقوق الأطباء
والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة*

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص90.

إليها[1] (وتحتاج هذه الحالة جهدا ينبغي القيام به من قبل القاضي حتى يهتدي للإستدلال ويستنبط روح النص بعد الربط بين مختلف الأحكجام، عملية القياس.

ويجدر التنبيه هنا أنه في حالات معينة يمنع التفسير الواسع كما هو الحال بالنسبة للمجال الجزائي، لأن الأصل في الأفعال الإباحة والتجريم يعد استثناءا. وعليه وجب إعمال الإستثناء في حدود عدم المساس بالقاعدة العامة وهي الإباحة لذا تعين تفسير النصوص الجزائية تفسيرا ضيقا.

وحتى يهتدي القاضي للكشف عن معنى النص ويستنبط روحه ويستنتج الحكم الذي يقطع به المنازعة التي بين يديه يتعين عليه أن يربط بين النصوص خاصة تلك التي تعالج وضعا مماثلا ويقابل العلل ببعضها ويتمعن في الأحكام ولا يكون ذلك إلا باعتماد أسلوب القياس وهو على نوعين قياس بمفهوم الموافقة وقياس بمفهوم المخالفة.

أ- القياس بمفهوم الموافقة: وفي هذه الحالة يصطدم القاضي بنص معين ينطبق على حالة معينة لكن روحه تفيد وتدل على انطباقه على حالات لم يرد ذكرها في ذلك النص لاشتركهما في العلة. أي أننا أمام وضع مماثل وعلاقات متشابهة غير أن المشرع عالج وضعا ونظم علاقة وسكت عن أخرى. فهذا السكوت يدفعنا للقياس فنقابل العلل ببعضها حتى نستنبط روح النص. والقياس بمفهوم الموافقة هو الآخر على نوعين القياس العادي والقياس من باب أولى.

القياس العادي: وتتجلى صورته حين نكون أمام حالة صدر بشأنها نص وأخرى مماثلة لها سكت عنها المشرع فطالما اتحدا في العلة وجب بالمقابل أن يتحدا في الحكم. ومثال هذه الحالة ما قضت به المادة 993 مدني وهي تصنف أصحاب حقوق الإمتياز حيث ذكرت النفقة المستحقة للأقارب عن أشهر الأخيرة ولم تذكر نفقة الزوجة ويستخلص من النص بمفهوم الموافقة اعتبار نفقة الزأيخة من الحقوق الممتازة.

القياس من باب أولى: وفي هذا النوع من القياس نجد أن العلة في الحالة التي لم ينص عليها المشرع أوضح وأظهر منها في الحالة التي نص عليها، ومثال ذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 198 مدني بقولها: «*إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا*

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق، ص87.

بالعقد الصوري». وطالما حق للدائنين والخلف الخاص التمسك بالعقد الصوري فمن باب أولى يحق لهم التمسك بالعقد الفعلي خاصة وأن وضع المدين أسلم وأقوى، فلا يعقل أن نعترف للدائنين بحقهم في التمسك بعقد صوري، ونجحد عليهم التمسك بالعقد الرسمي، لذا وجب الربط بغرض الإهتداء لروح النص.

ب- القياس بمفهوم المخالفة: ويقصد بهذا النوع من القياس إعطاء حالة ينص عليها المشرع عكس الحكم الذي يصرح به في حالة أخرى، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 369 مدني بقولها: «*إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترداد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد آعذار المشتري بتسليم المبيع*».

فالمفهوم المخالف للنص هو هلاك المبيع بعد تسليمه وحكمه عكس حكم منطوق النص المذكور أي عدم فسخ العقد وعدم رد الثمن.

حالة النص المعيب: عيوب النص هي أن يقع فيه خطأ أو غموض أو نقص أو تعارض أو تزيد نسوق نماذج من النصوص المعيبة ثم نبين الطرق التي يلجأ إليها القاضي لتفسيرها.

أ- الخطأ: وقد يكون ماديا مرده خطأ مادي غير مفهوم النص وقد يكون قانونيا أو ما أطلق عليه البعض بالخطأ المعنوي[1].

ومن أمثلة الخطأ المادي ما نصت عليه المادة 439 مدني بقولها: «*تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجز عليه أو بإعساره أو بإفلاسه*» فالنص العربي ورد فيه خطأ عبارة الحجز عليه عوض الحجر عليه. ولكل لفظ مدلوله ومفهومه، ورجوعا للنص الفرنسي نجده استعمل عبارة interdiction أي بمعنى الحجر وهو أصوب.

وما نصت عليه المادة 814 مدني النص العربي بقولها: «*يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا*». فالنص العربي أطلق لفظ الكتابة دون تحديد أو تخصيص وهذا الإطلاق قد ينجر عنه إدخال كل من العقد الرسمي والعقد العرفي. في حين اقتصر النص الفرنسي على العقد الرسمي par un acte authentique .

وما نصت عليه المادة 310 مدني بقولها: «*تتقادم بسنتين حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التقليسة والسماسرة والأساتذة*

(1) الدكتور محمد حسنين، المرجع السابق،، ص90.

المعلمين...» . فالنص العربي ذكر تسعة طوائف بينما النص الفرنسي ذكر أربعة عشرة طائفة فورد فيه أيضا ذكر «*الجراحون وجراحو الأسنان والقابلات والمهندسون المعماريون والمربون*» . لذا يرى الدكتور علي علي سليمان أنه يجب اعتماد النص الفرنسي كأصل[1]. وما نصت عليه المادة 17 من قانون الجنسية بقولها: «*يصبح الأولاد القصر لأشخاص مكتسبين الجنسية الجزائرية بموجب المادة 10 من هذا القانون جزائريين في نفس الوقت كوالديهم* فالنص العربي استعمل لفظ والديهم مما قد يفهم منه أن المشرع قصد الوالدين معا. واستعمل النص الفرنسي عبارة والدهم وهو الصحيح [illegible][2].

ونصت المادة 454 مدني «*القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك*». وذكر لفظ (نص) الواردة في المادة خطأ لأن التحريم موجه للأفراد وليس للمشرع فله أن يخالفه كما فعل ذلك في نص المادة 455 مدني[3].

وقد يغير الخطأ المادي من المعنى المراد من النص وخير مثال على ذلك مما ورد في المادة 689 مدني: «*لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم، غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لإحدى المؤسسات المشار اليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها وعند الإقتضاء شروط عدم التصرف فيها*» فالنص العربي حين أقحم لفظ عدم غير المعنى كلية وأصبح آخر النص يناقض أوله والصحيح..هو وعند *الإقتضاء التصرف فيها*[4].

ومثال الخطأ القانوني ما ورد في نص المادة 22 من القانون المدني التي جاء فيها: «*في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية*». فهذا النص خاص بالقانون الشخصي الذي يجب تطبيقه بصدد شخص له جنسيتان أو أكثر. فعلى القاضي في هذه الحالة أن يطبق الجنسية الفعلية أي التي يرى أن هذا الشخص مرتبط بها أكثر من غيرها كأن يكون مقيما معينة وأدى الخدمة العسكرية فيها..»[5].

---

(1) الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص217.

(2) الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص266.

(3) الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص151.

(4) الدكتور علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص165.

(5) الدكتور علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص195.

فاللفظ العربي يحدث إيقاعا معينا في الذهن لأنه بمجرد سماع كلمة الحقيقية يتبادر للذهن أن الشخص حصل على الجنسية الثانية مثلا بطريق التزوير. والحال أن النص يعني الجنسية الواقعية ويفترض في الجنسيات جميعا أن تكون سليمة.

2ـ الغمـوض[1]: ويكون حين يستعمل المشرع عبارة غامضة لها أكثر من معنى، مثال ذلك ما ورد في المادة 9 من قانون الأسرة التي جاء فيها: «*يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق*» ثم قدم المشرع تفسيرا لأركان الزواج الثلاث وهي: الرضا، للولي، الصداق، وذلك في المواد من 10 إلى 17 من ذات القانون. ولم يخصص ولو مادة واحدة للركن الرابع وهو الشهادة، فذكرها دون تحديد لأحكامها. وهو ما اعتبره الأستاذ عبد العزيز سعد[2] ثغرة مقصودة من جانب المشرع لأنه ترك أمر تنظيم الشهادة للمادة 33 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها صراحة: «*يجب على الشهود المذكورين أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون ميز في ما يخص الجنس ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين*».

ولا نؤيد الأستاذ عبد العزيز سعد فيما ذهب إليه من ربط بين قواعد قانون الأسرة وأحكام الشهادة الواردة في المادة 33 من الحالة المدنية وذلك إعتمادا على المادة 222 من قانون الأسرة نفسه وهو نص خاص التي جاء فيها صراحة: «*كل ما لم يرد عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية*». وهكذا يلزم القاضي وكل راغب في معرفة المقصود بالشهادة الواردة في المادة 9 من قانون الأسرة من الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي[3]. وحين يكون النص غامضا فالاختلاف في تفسيره أمر وارد بل مؤكد، وكثيرة هي الحالات التي يعمد المشرع عن قصد

---

(1) لا تتوقف ظاهرة الغموض على نصوص التشريع بل تتجاوز ذلك لتمس الأحكام والقرارات القضائية. لذا جاء في قرار للمحكمة العليا صادر عن الغرفة الاجتماعية في 22 مارس 1994 ما يلي: «إن الدعوى التفسيرية بناء قانوني للإجتهاد القضائي أحدثت لتدارك الغموض الذي قد يشوب منطوق الأحكام والقرارات على شرط أن تمس بجوهر ما قضت به» أنظر نشرة القضاة، عدد 49، ص247.

(2) حيث قال: «إننا نميل إلى الإعتقاد بأن المشرع الجزائري يكون قد ترك الحديث عن الشروط المتعلقة بالشهود قصدا وذلك اعتمادا على ما ورد من شروط في نص المادة 33 قانون الحالة المدنية». ـ أنظر مؤلفه الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، قسنطينة، دار البعث، 1986، ص107.

(3) ورجوعا لأحكام الفقه الإسلامي نجد الفقهاء، قد اختلفوا بخصوص شهادة المرأة على عقد الزواج وانقسموا إلى خمسة آراء. فمنهم من قال بشهادة رجل وامرأتين، ومنهم من لم يقبل شهادة المرأة مطلقا، ومنهم من قبل شهادة أربع نسوة، ومنهم من قبل شهادة امرأتين على الإنفراد، ومنهم من قبل شهادة رجل مع امرأة. لتفصيل أكثر راجع سعاد سطحي، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1996، ص135 وما بعدها.

...ستعمال عبارات مطلقة ليفسح مجال التفسير للقضاء والفقه، ولقد رأينا من خلال ...ص المادة 9 من قانون الأسرة أن الغموض لازم حتى أركان العقد أي عقد الزواج.

3- **النقص**[1]: ويكون في حالة إغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم إلا به. ومثال ذلك ما جاء في المادة 124 مدني: «*كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض*». فالنص العربي لهذه المادة سقط منه لفظ خطأ مما قد يعطي مفهوما آخر عند تفسيره[2].

ونصت المادة 327 مدني والتي جاء فيها: «*ويعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء*». فهذا النص كما ذكر الدكتور علي علي سليمان افترض في الناس تمكنهم من القراءة والكتابة والحال أن الكثير منهم مازالوا أميين. وافترض أيضا فيهم قدرتهم على التوقيع والواقع أن الكثير منهم لازال يبصم[3]، **وهكذا تبين لنا خاصة من النص الثاني (327 مدني) أن المشرع غفل عن الإشارة لمسألة في غاية من الأهمية وكثيرا ما يعتمدها الأفراد** وهي البصمة.

التناقض أو التعارض: وفي هذه الحالة يصادف القاضي حكمين مختلفين ينظمان نفس المسألة وذلك إما في تشريع واحد أو بين تشريع وآخر.

تعارض الأحكام في التشريع الواحد: ومثال هذه الحالة ما ورد في المادة 43/42 من القانون المدني حيث اعتبرت المادة 42 المعتوه فاقد التمييز كالصغير والمجنون حيث جاء فيها: «*لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون*». في حين عاد المشرع في المادة 43 واعتبر المعتوه مميزا قائلا: «*كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية*».

(1) ورد في التقنين المدني المصري القديم كثير من النصوص المقتضبة والتميزة أيضا بالغموض والتناقض في الأحكام والأخطاء الفاحشة ونقص في معالجة كثير من المسائل أشار إليها الفقيه عبد الرزاق السنهوري وبين أسباب هذه الظاهرة.، راجع مؤلفة الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ص4 وما بعدها.

(2) الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص32.

(3) الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص35.

وهكذا اضطرب المشرع في تنظيم المسألة الواحدة فهو يتحدث عن المعتوه ويعتبره تارة فاقد التمييز (المادة 42) وتارة أخرى مميزا (المادة 43). ولا شك أن هذا التناقض سيجعلنا في حيرة خاصة وأن الحكم على التصرف يختلف وأن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات المعتوه غير نافذة.

تعارض الأحكام بين تشريع وآخر:

جريمة إهانة القاضي: نصت المادة 144 من قانون العقوبات: «*يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000د.ج كل من أهان قاضيا أو موظفا أو قائدا أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد..*».

وشددت الفقرة الثانية من ذات النص العقوبة من سنة إلى سنتين إذا تمت الإهانة في جلسة محكمة أو مجلس قضاء.

وحين ننتقل من قانون العقوبات إلى قانون الإجراءات المدنية وتحديدا إلى نص المادة 31 الفقرة 4 نجدها قضت بعقوبة مخالفة للأولى إذ جاء فيها: «*وفي حالة إهانة القاضي أو الإخلال الجسيم بواجب الإحترام له يحرر القاضي محضرا بما حدث ويجوز له أن يحكم على الشخص بالحبس مدة لا تتجاوز ثمانية أيام*».

وهكذا اختلف الحكم اختلافا كبيرا في تنظيم ذات الفعل. فالمادة 31 المذكورة توصف الفعل على أنه إخلال جسيم بواجب الإحترام للقاضي أو إهانته وتضع له عقوبة لا تزيد عن ثمانية أيام، في حين نفس الفعل (الإهانة) لو تم باعتماد أسلوب الكتابة أو الإشارة... لوصلت العقوبة إلى سنتين.

وكان أحرى بالمشرع أن يقصر التجريم على قانون العقوبات دون سواه، وأن يكتفي في قانون الإجراءات المدنية بالإحالة خاصة وأن هذا الأخير (قانون الإجراءات المدنية) قانون إجرائي لا علاقة له بالحبس[1].

طرق تفسير النص المعيب: يلجأ المفسر في تفسير النص المعيب إلى طرق مختلفة منها النص الفرنسي والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية وتقريب النصوص والبحث عن إرادة المشرع. نوجز كل طريقة فيما يأتي:

(1) لتفصيل أكثر راجع رسالتنا للدكتوراه، الجزء الثاني، ص402 وما بعدها. ولمعرفة حالات أخرى للتناقض في المواد الجزائية راجع عمر بلحاج، ظاهرة عدم انسجام النصوص القانونية وإشكالات التطبيق في المواد الجزائية، مجلة الفكر القانوني، العدد الثالث، 1986، ص76 وما بعدها.

1- النص الفرنسي: لا شك أنه تبين لنا أن من خلال ما سبق من الأمثلة أن هناك فائدة كبيرة في الرجوع للنص بصيغته الفرنسية وذلك بغرض الوصول إلى تحديد معنى النص والكشف عن طبيعة الخطأ وسر الغموض.

فكثيرة هي الحالات التي يكون فيها النص الفرنسي سليما غير أن ترجمته قد تؤدي إلى تغيير معناه فتقضي الضرورة الرجوع للنص الفرنسي للإهتداء للمعنى الحقيقي. فنص المادة 310 مدني باللغة الفرنسية تضمن 14 طائفة واقتصر النص العربي على ذكر 9 طوائف فقط.

فالإكتفاء بالنص العربي وحده دون النظر لمنطوق النص الفرنسي يترتب عنه عدم إدخال الطوائف الخمس المغفلة في المادة 310 مدني بينما الرجوع للنص الفرنسي ينجم عنه إدخال هؤلاء.

وهناك من رأى أن النص الفرنسي بخصوص أحكام القانون المدني هو الأصل ويستند هذا الرأي إلى أن واضعي القانون المدني كانوا من رجال القانون الجزائريين الذين درسوا القانون وتولوا تدريسه باللغة الفرنسية وكانت ثقافتهم القانونية الفرنسية بحكم العامل التاريخي الذي حال دون تمكنهم من اللغة العربية. وخالف آخرون هذا الرأي فقالوا أن القانون المدني أصلا أعد بالعربية خاصة وأن نصوصه أخذ أغلبها من القانون المدني المصري ثم ترجم إلى الفرنسية[1].

ولا يكون النص الفرنسي في جميع الحالات هو الصحيح الواجب الإتباع، بل قد يكون النص العربي. ومثال ذلك أن النص الفرنسي للمادة الأولى الفقرة الثالثة جاء بالصيغة التالية: le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'equité

وتتيح ترجمة هذا النص للقاضي أن يلجأ للقانون الطبيعي وقواعد العدالة ولو كان هناك نص تشريعي أو حكم في الشريعة الإسلامية أو العرف وفي هذا مخالفة للمادة الأولى مدني.

وكان ينبغي أن يذكر النص الفرنسي عبارة à defaut بدل من عبارة le cas échéant . إذن فالنص العربي هو الواجب الإتباع[2].

(1) الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ص190.
(2) الدكتور علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص192.

2- الأعمال التحضيرية: يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق التي تبين مختلف المراحل مرّ بها النص وتتمثل في مشروع أو اقتراح القانون مع بيان أسبابه ومختلف التقارير اللاحقة له كالتقرير التمهيدي والتقرير التكميلي.

ورغم ما لهذه الوثائق من أهمية في الكشف عن أسرار النصوص ومقاصدها، إلا أنه ينبغي توخي الحذر في الإستعانة بها لأنها كثيرا ما تتضمن آراء فردية ووجهات نظر خاصة.

ولتبيان أهمية الأعمال التحضيرية نضرب المثال التالي من التشريع الجزائري.

نصت المادة 16 من القانون رقم 21/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتضمن القانون الأساسي للقضاء على ما يلي: «*حق الإستقرار مضمون للقاضي الذي يمارس عشر سنوات خدمة فعلية ولا يجوز نقله أو تعيينه في منصب جديد بالنيابة أو الإدارة المركزية لوزارة العدل أو المصالح الإدارية للمحكمة العليا إلا بناء على طلبه.*

يجوز لوزير العدل أن ينقل قضاء النيابة والقضاة العاملين بالإدارة المركزية لوزارة العدل أو يعينهم في منصب آخر لضرورة المصلحة».

فالمشرع في الفقرة الأولى استعمل لفظ القاضي مطلقا ولقد سبق له (أي المشرع) في المادة الأولى من ذات القانون أن ذكر بأن سلك القضاة يشمل قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم بل وحتى القضاة العاملين بوزارة العدل.

وهذا يؤدي بنا إلى القول أن المشرع وتبعا للتسلسل الوارد في المادة 16 والذي يفهم منه أن حق الإستقرار مخول لكل من يتمتع بصفة القاضي وفقا للتفسير المذكور في المادة الأولى المشار إليها، لأن الفقرة الأولى جاءت بصفة مطلقة. وأورد المشرع إستثناءا على القاعدة في الفقرة الثانية خص به قضاة النيابة ولضرورة المصلحة.

غير أن هذا التفسير يسقط اذا رجعنا للتقرير التكميلي بخصوص هذا القانون والذي ورد فيه ذكر بيان أسباب تقديم الحكومة لهذا المشروع (القانون الأساسي للقضاء). ومن خلاله يتضح أن حق الإستقرار لا يشمل قضاة النيابة لأنهم يخضعون لقاعدة عدم التجزئة[1]، وجدير بالملاحظة أن الأعمال التحضيرية ليست تشريعا يلزم القاضي بالأخذ به، بل يجوز للقاضي أن يصرف نظره عنها ويعتمد على طرق أخرى للتفسير.

(1) أنظر التقرير التكميلي بخصوص القانون الأساسي للقضاء، ص2.

3- **المصادر التاريخية**[1]: ويقصد بها الأصل التاريخي الذي استمد منه المشرع النص. وقد يكون الشريعة الإسلامية أو قانون أجنبي، فمثلا يعتبر القانون المدني المصري والفرنسي مصدران تاريخيان لكثير من نصوص القانون المدني الجزائري، وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لبعض النصوص الأخرى كتلك المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة (م3/107) والبيع على خيار الرؤية (م352) وأحكام بيع المريض مرض الموت (م408) والتزامات الجوار (م891) وأحكام الشفعة (م694) وحواله الدين (م251)[2].

كما تعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي لنصوص قانون الأسرة، فمثلا نصت المادة 62 أسرة جاء فيه: *«الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.*

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك».

فالنص لم يحدد مفهوم الأهلية هنا بدقة وهذا أمر طبيعي لأن المشرع أراد أن يمنح السلطة التقديرية للقاضي بحسب ما توجيه أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال. ومن هنا حتى يهتدي القاضي للمعنى الحقيقي لهذا النص يتعين عليه الإستعانة بالفقه الإسلامي.

4- **تقريب النصوص (المقابلة بين النصوص)**: من الطرق التي تيسر للمفسر الوصول للمعنى الحقيقي للنص ورفع الغموض الذي يحوم حوله هو أسلوب المقابلة بين النصوص ونعني بها طبعا النصوص التي تعالج وضعا متشابها أو متعارضا.

5- **حكمة أو نية المشرع**: ويقصد بها الغاية التي من أجلها سن المشرع القانون لأنه متى اتضحت الغاية اهتدى المفسر للكشف عن الغموض الذي يكتنف نصا معينا أو بعض النصوص. فالبحث في إرادة المشرع باستفاضة وعمق للوصول إلى تحديد المقصد بدقة ومعرفة المصلحة التي يريد حمايتها أو المفسدة التي يريد دفعها، لا شك تساعد القاضي خاصة في فهم النصوص الغامضة.

---

(1) راجع بخصوص المصادر التاريخية، القانون المدني المصري القديم، الدكتور عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص2 وما بعدها.

(2) لتفصيل أكثر راجع الدكتور علي علي سليمان، و الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، بحث مشار إليه. ص121 وما بعدها.

المراجع

الكتب والمطبوعات الجامعية:

1 - الدكتور إسحق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.

2 - الدكتور اسحق إبراهيم منصور، الإجراءات الجزائية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1993.

3 - الدكتور العربي بلحاج : المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

4 - الدكتور أبو زيد علي المتيت النظم السياسية والحريات العامة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 1984.

5 - الدكتور أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز انجق وبيوض خالد، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992

6 - الدكتور إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، بيروت، الشركة العالمية للكتاب، دون تاريخ.

7 - أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

8 - الدكتور أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، بيروت، دار الشروق، دون تاريخ.

9 - بشير التكاري، المؤسسات الإدارية والقانون الإداري، محاضرات مطبوعة، كلية الحقوق، تونس 1995.

10 - الدكتور بارش سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، الجزء الأول، باتنة، مطبعة عمار قرفي، 1992.

11 - الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992.

12 - الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1978.

13 - الدكتور توفيق بوعشبة، مبادىء القانون الإداري التونسي، تونس، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، دون تاريخ.

14 - الدكتور جلال مصطفى القريشي، شرح قانون العمل الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية. 1984.

15 - الدكتور حماد محمد شطا، تطور وظيفة الدولة، نظرية المرافق، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.

16 - الدكتور حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

17 - الدكتور حسين مصطفى حسين، المالية العامة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
18 - الدكتور حمدي الغنيمس، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
19 - الدكتور حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992
20 - الدكتور خليل أحمد حسن قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988.
21 - الدكتور رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، بيروت، الدار الجامعية، دون تاريخ.
22 - الدكتور راشد راشد، شرح قانون العمل الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1985
23 - الدكتور زهدي يكن، تاريخ القانون، بيروت، لبنان، دار النهضة العربية، 1969.
24 - الدكتور سليمان محمد الطماوي، السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، القاهرة، مطبعة عين شمس، 1986.
25 - الدكتور سمير عالية، الوجيز في القانون التجاري، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1987.
26 - الدكتور سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، منشأة توزيع المعارف، 1986.
27 - الدكتور سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزائر، طبع مشترك، المؤسسة الوطنية للكتاب وديوان المطبوعات الجامعية.
28 - الدكتور سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الجزائر، عين مليلة، دار الهدى، 1990.
29 - الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول، بيروت، دار المعرفة.
30 - الدكتور صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، القاهرة، دار النهضة العربية، 1971.
31 - الدكتور عبد السلام الترمانيني، محاضرات في تاريخ القانون، جامعة حلب، سوريا، 1964
32 - الدكتور عباس العبودي، تاريخ القانون، العراق، دار الكتب للطباعة والنشر، 1988.
33 - الدكتور عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، القاهرة، مطبعة السعادة، دون تاريخ.
34 - عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، بيروت، دار الجيل، دون تاريخ.
35 - الدكتور عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1982.
36 - الدكتور عمار عوابدي، عملية الرقابة على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1983.
37 - الدكتور علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
38 - الدكتور عبد الخالق النواوي، العلاقات الدولية والنظم القضائية، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974.
39 - الدكتور عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، عين مليلة، الجزائر، دار الهدى، دون تاريخ.
40 - الدكتور علي صادق أبو هيق، القانون الدولي العام، الإسكندرية، منشأة المعرف، دون تاريخ.
41 - الدكتور علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، الإسكندرية، دار الجامعات المصرية، 1978.
42 - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 1995.
43 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، قسنطينة، دار البعث، 1986
44 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
45 - الدكتور فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، بيروت، مؤسسة الرسالة 1981.
46 - لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1984.
47 - الدكتور مصطفى كمال طه، القانون التجاري، بيروت، الدار الجامعية، 1986.
48 - مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، بيروت، الدار الجامعية، دون تاريخ.
49 - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، طبع مشترك، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر والشركة التونسية للتوزيع، دون تاريخ.
50 - الدكتور محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.
51 - الدكتور محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
52 - الدكتور محند أسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول تنازع القوانين، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989
53 - الدكتور محمد فريد العريني، القانون الجوي، بيروت، لبنان، الدار الجامعية، 1986.
54 - الدكتورة محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.

55 - محمد محيي الدين، محاضرات في القانون الدولي العام، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.
56 - الدكتور محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، 1984.
57 - الدكتور محمد هلال، مذكرات في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.
58 - محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، 1988.
59 - الدكتور مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدني، بيروت، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، 1985.
60 - الدكتور محمد محده، مختصر علم أصول الفقه الإسلامي، الجزائر، باتنة، دار الشهاب، دون تاريخ.
61 - محمد الصباغ، التشريع الإسلامي وحاجتنا إليه، بيروت، المكتب الإسلامي، 1977.
62 - الدكتورة نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
63 - الدكتورة هجيرة دنوني، موجز المدخل للقانون، الجزائر، منشورات دحلب.
64 - الدكتور هشام خالد، مفهوم العمل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعية، 1990.

الرسائل الجامعية:

1 . سعاد سطحي، أحكام شهادة المرأة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1996.
2 . عمار بوضياف، الحماية القانونية للقاضي في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة، الجزء الثاني، جامعة عنابة، 1994.
3 . كما لدرع، نظرية الأعذار الطارئة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية بقسنطينة، 1996.
4 . مبارك صائغي، مبادىء الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1989.

المقالات:

1 - ابو المعاطي ابو الفتوح، تقنين الأحكام الشرعية، مجلة العلوم الإسلامية الصادرة عن جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، 1992.
2 - جبار عبد المجيد، تأملات حول قرار المجلس الدستوري فيما يتعلق ببعض القضايا المرتبطة بالمعاهدات الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 1، 1996.
3 - رافع بن عاشور، مراقبة دستورية القوانين في ضوء القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بسوسة، المجلة القانونية التونسية، كلية الحقوق، 1989.
4 - الدكتور علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون، طبقا للقانون المدني الجزائري، الفكر القانوني، العدد الأول، نوفمبر 1984.
5 - الدكتور عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، نشرة القضاة، العدد 48
6 - عمر بلحاج، ظاهرة عدم إنسجام النصوص القانونية وإشكالات التطبيق في المواد الجزائرية، الفكر القانوني، العدد الثالث، ديسمبر 1986.
7 - الدكتور لزهاري بوزيد، الرقابة على دستورية القوانين في التجربة الدستورية الجزائرية، مجلة جامعة قسنطينة للعلوم الإنسانية، العدد 3، 1992.
8 - الدكتور مسعود شهوب، إمتيازات الإدارة أمام القضاء، الفكر القانوني، العدد الرابع، 1987
9 - يلس شاوش بشير، تمويل الميزانية العامة للدولة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية، رقم 3، العدد 1995.

النصوص الرسمية:

❊ الدساتير:

- دستور 1963.
- دستور 1976.
- دستور 1989.
- دستور 1996.
- الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 2 جوان 1966، المتعلق بالقانون الأساسي للوظيفة العامة.
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 أوت 1966 ، المعدل والمتمم المتعلق بقانون الإجراءات المدنية.
- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 8 جوان 1966، المعدل والمتمم المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966، المعدل والمتمم المتعلق بقانون العقوبات.

ـ الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

ـ الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، المتعلق بقانون الجنسية.

ـ الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.

ـ الأمر رقم 80/76 الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 المتعلق بالقانون البحري.

ـ الأمر رقم 101/76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976، المتعلق بقانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

ـ القانون رقم 12/78 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل.

ـ القانون رقم 11/81 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة.

ـ القانون رقم 02/80 المؤرخ في 7 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

ـ القانون رقم 13/89 المؤرخ في 7 أوت 1989، المتضمن قانون الإنتخابات المعدل والمتمم.

ـ القانون رقم 16/89 المؤرخ في 11 ديسمبر 1989، المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني وسيره.

ـ القانون رقم 07/90 المؤرخ في 3 أفريل 1990، المتعلق بقانون الإعلام.

ـ القانون رقم 08/90 المؤرخ في 7 أفريل 1990، المتعلق بالولاية.

ـ القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أفريل 1990، المتعلق بالبلدية.

ـ القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتعلق بالأملاك الوطنية.

ـ القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

ـ الأمر رقم 01/94 المؤرخ في 10 أوت 1994 المتضمن تنظيم المجلس الوطني الإنتقالي وسيره.

ـ الأمر رقم 17/95 الصادر في 5 أفريل 1995، المتضمن المصادقة على الإتفاقيات الخاصة بقمع الأفعال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

مجموعات قضائية:

أ ـ المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

ـ العدد الثالث 1989.

ـ العدد الرابع 1989.

ـ العدد الرابع 1991.

ـ العدد الثاني 1992.

ب ـ نشرة القضاة الصادرة عن وزارة العدل، العدد 49.

تصفيف، تصميم وإخراج PSI SOLUTECH

Tel. (021) 82 / 91 / 78